

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS - UNIEVANGÉLICA  
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL – MINTER  
DÉBORA BATISTA DE OLIVEIRA COSTA MACHADO**

**O JULGAMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL DOS HOMOSSEXUAIS:  
um estudo acerca dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que  
reconheceram a união estável homoafetiva como entidade familiar nos  
autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição  
de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**

**ANÁPOLIS/BRASÍLIA  
2012**

**DÉBORA BATISTA DE OLIVEIRA COSTA MACHADO**

**O JULGAMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL DOS HOMOSSEXUAIS:  
um estudo acerca dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que  
reconheceram a união estável homoafetiva como entidade familiar nos  
autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição  
de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**

**Dissertação apresentada como requisito  
parcial à conclusão do Mestrado  
Interinstitucional em Direito do Centro  
Universitário de Brasília – UNICEUB e  
Centro Universitário de Anápolis –  
UNIEVANGÉLICA, sob a orientação  
do Professor Doutor Luis Carlos  
Martins Alves Junior**

**ANÁPOLIS/BRASÍLIA  
2012**

**BANCA EXAMINADORA**

**DÉBORA BATISTA DE OLIVEIRA COSTA MACHADO**

**O JULGAMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL DOS HOMOSSEXUAIS:  
um estudo acerca dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que  
reconheceram a união estável homoafetiva como entidade familiar nos  
autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição  
de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**

PROF. DR. LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JUNIOR  
Orientador

PROF(A). DRA. ALESSANDRA MACHADO BRANDÃO TEIXEIRA  
Examinadora

PROF. DR. LUCIANO SANTOS LOPES  
Examinador

PROF. DR. FRANCISCO ITAMI CAMPOS  
Examinador

Anápolis/Brasília, outubro de 2012.

Dedico este trabalho aos amores da minha vida Vinícius e Ricardo, filho e esposo, a minha eterna gratidão, por toda a felicidade que vocês me proporcionam. Aos meus pais Dr. Dídimo de Oliveira Costa e Dr<sup>a</sup>. Maria Isabel Batista, por terem aberto os caminhos do “Direito”, demonstrando amor à profissão e fazendo-me trilhar os mesmos caminhos. À minha irmã Denise, obrigada pelo incentivo.

## AGRADECIMENTOS

*Muitos contribuíram para a materialização deste trabalho, especialmente, meus pais, meu esposo Ricardo, que demonstrou o que é desfrutar de um verdadeiro amor, àquele que acolhe nos momentos difíceis, sorri para auxiliar nos dias de adversidade, acompanha, mesmo que distante, o desenvolver do trabalho, grande incentivador do meu crescimento profissional, agradeço por compreender minha ausência e por me fazer, a cada dia, mais feliz.*

*Meu filho Vinícius, que com muita atenção, amor e cuidado, permitiu em muitas noites, deitado no sofá, para que eu realizasse o estudo, sem perder o contato e sua companhia inestimável, pelos infindáveis momentos de distração e alegria, exemplo de que o amor ultrapassa as fronteiras da física, esses momentos de dedicação à família e presença nos momentos mais difíceis, agradeço pelo amor, pela dedicação.*

*Aos meus pais, que desde a infância ensinaram-me o caminho em que deveria trilhar, para que, ao envelhecer não me esqueça de que Deus está no comando, conduzindo passo-a-passo, bem como, influenciando-me, diante de seus profissionalismo e vivência, a entender, respeitar e pretender seguir os mesmos caminhos profissionais, por presenciar a forma honesta e correta de enfrentar as agruras da profissão, mas sempre agindo honestamente e buscando, cotidianamente, exercer a profissão da melhor forma possível, permanecendo nos estudos e na busca de conhecimento constantemente e pelo amor e companheirismo, muito obrigada.*

*À minha irmã Denise, que sempre me incentivava, dando força para que eu possa acreditar que vale a pena, ao cunhado Valdimar, para mim, “Tio Dudu” e ao João Pedro meu sobrinho querido, “meu chamego”, como posso expressar minha gratidão, a não ser dizer: muito obrigada.*

*A minha amada avó, Lídia Felix Batista, (“in memoriam”) prova viva e constante de que, a família é o grande alicerce de qualquer ser humano, e que o amor é vivenciado dia-a-dia, mesmo não estando presente fisicamente, sinto sua força, a cada instante, lembrando-me de suas palavras de incentivo e credibilidade, em momentos em que desejei e com sabedoria e amor inigualável, encorajou-me dizendo: “não desista, você vai conseguir”. E é nessas palavras, que hoje visualizo rotineiramente, pois não é fácil, muitas vezes, seguir em frente sem pensar em desistir, diante de tantos e tamanhos obstáculos.*

*De igual forma, não poderia deixar de lembrar e registrar, a importância do meu avô Pedro Sardinha da Costa, que cuidou de meus primeiros passos, buscando me proteger e ensinando-me a respeitar àqueles que não tiveram grandes oportunidades de conviver em família, levando-me ao contato com pessoas sedentas de amor e atenção, para que, ao final eu entendesse a importância de amar e ser amado.*

*Aos meus sogros Helio e Alcione, que me auxiliaram no cuidado com meu filho, herança que o Senhor me concedeu, bem como me “alimentaram” com esperança e amor diariamente, nesses momentos de estudo.*

*À minha alter ego Reycilane, para mim sempre “Lanyinha”, que desde os primeiros passos na faculdade, incentivou-me a ter contato com filósofos que hoje entendo o seu esforço e o valor, realizando competições nas quais, em perdendo, era obrigada a decorar e decifrar poemas de grandes nomes da literatura, bem como, desde 1991, me fez vivenciar o real sentido da palavra “amizade”.*

*À minha “nova” e “velha” amiga, Carla Byanka, que conheci ao iniciar os estudos nesta nova etapa, àquela com a qual dividi muito dos estudos e noites intermináveis para concluir os trabalhos, uma incentivando a outra, para terminar e não desanimar diante*

*das diversas barreiras e desilusões, muitas vezes decididas a desistir, mas com o apoio e companheirismo, tentando concluir mais esta etapa.*

*Aos meus companheiros de profissão, da Oliveira Advocacia, principalmente, Bruna Maria e Bruna Manoela que, muitas vezes ficaram sobrecarregadas, para suprir minha ausência, e possibilitando momentos de tranquilidade e oportunidade para desenvolver o estudo.*

*Aos meus colegas mestrandos, que em dias difíceis de estudo, todas as sextas e sábados, por dois anos, com suas características diversas, amenizaram o transcorrer dos dias intermináveis, às vezes, seja pelo desânimo, cansado e que, diante das dificuldades me fizeram sorrir quando tinha vontade de chorar. A vocês, Carla Byanka, Priscila, Camila, Pablo (Pablito), Carlos Mazzo, Mariane, Professor Geraldo Ventura, Augusto Cesar, Jessé, Claudio Kobayashih, Claudio Pacheco, Lizia, Kenia e Zilmar ... muito obrigada, por permitirem que compartilhássemos desses momentos, coroados pelos nossos encontros semestrais, para comemorarmos mais uma etapa vencida. Não poderia deixar de lembrar, dois colegas que, por questões diversas, não estão concluindo juntamente conosco, Luciana e Anderson, vocês são vencedores e suas experiências e colaboração auxiliaram-me e ajudaram a caminhar.*

*Agradeço, em especial, ao meu orientador, Luís (COM “S”) Carlos Martins Alves Junior, exemplo ímpar de jurista e professor, pela orientação segura, pela paciência nos momentos difíceis enfrentados ao longo do trabalho e, principalmente, pelo apoio na concretização do sonho. Salientando em meus agradecimentos, o fato de fazer-me sentir capaz de realizar o meu estudo, e, diante da sombra da desistência, fez-me entender que, até os Doutos têm seus momentos de conflitos, mas que os obstáculos não podem ser utilizados para desistir dos sonhos.*

*Aos professores do Programa de Mestrado, Doutores Otavio Luiz Rodrigues Junior, Cristina Zacksesk, Hector Valverde Santana, Francisco Itami Campos, Luiz Eduardo Abreu, Frederico Augusto Barbosa da Silva e Roberto Freitas Filho, pelos ensinamentos e iluminação que me indicaram a direção a ser seguida, bem como, por todo conhecimento compartilhado nos módulos cursados, de igual forma, pelas críticas construtivas apresentadas no decorrer dos módulos, as quais muito contribuíram para o aprimoramento deste trabalho.*

*À Eunice e Kamila, pela atenção sempre dispensada na secretaria do mestrado, cuidando do nosso bem estar, informando, e fazendo-me ver que tudo vale a pena, quando estamos cercados por profissionais que exercem suas atividades com amor e carinho.*

*E, não poderia esquecer-me, e nem mesmo ofertar-lhe a minha gratidão, a minha “nova” prima/comadre Robertha, que tecnicamente, me auxiliou, oportunizando-me tranquilidade e segurança, no sentido de saber que, aconteça o que acontecer posso contar com sua ajuda, me agradecendo com palavras de consolo, estímulo e encorajamento, diante das difíceis barreiras enfrentadas.*

*Agradeço ainda, a Tia Helena Melazzo, que cuidadosamente revisou meu trabalho, à senhora pelo cuidado e atenção, muito obrigada.*

*Por último, e não menos importante, pelo contrário, a Deus, agradeço pela condução da minha vida, a quem entrego tudo que tenho e tudo que sou, que conduz todos os meus passos, proporcionando-me sempre a proteção necessária, agradeço diariamente por me fazer sentir Sua filha, àquela com quem se sorri nos momentos alegres e acalenta nos momentos difíceis, carregando-me quando as forças não mais me são possíveis.*

*“Assim que concluí, entretanto, todo esse curso de estudos ao término do qual se costuma ser tido na classe dos doutos, mudei totalmente de opinião. É que eu me vi enlaçado por tantas dúvidas e erros que me parecia não ter tido outro proveito, tratando de instruir-me, senão o de descobrir cada vez mais a minha ignorância”.*

*(DESCARTES, Renê. Discurso sobre o Método, São Paulo: Livraria Hemus, p. 16 e 17)*

## RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que versou sobre o reconhecimento da união estável dos casais homossexuais (homoafetivos) como entidade familiar nos Autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132. O estudo visita a hermenêutica jurídica e os direitos fundamentais, com ênfase no Direito Constitucional, leituras do magistério doutrinário, os pertinentes termos normativos (CF, Leis Federais e outros), as manifestações das partes interessadas (PRG, AGU, Congresso Nacional, diversos *amici curiae*) e os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal – STF. Avançando nas argumentações de modo a verificar a coerência narrativa e a consistência normativa dos votos dos ministros, à luz dos textos normativos e do magistério doutrinário. O problema jurídico consiste em identificar se o Supremo Tribunal Federal – STF, usurpou ou não a competência normativa do Congresso Nacional ao reconhecer como entidade familiar a união estável dos casais homossexuais, chamando para si, a responsabilidade para regulamentar situações de caráter e prerrogativa do Poder Legislativo.

**Palavras chave:** Direito Constitucional, Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana, Homossexuais. ADIN n. 4.277/STF.



## **ABSTRACT**

This present dissertation has as object of study the judgments rendered by the Federal Supreme Court (STF) which involved the regulation of stable union of the homosexual as a family entity in the Direct Action of Unconstitutionality No. 4277 and the claim of breach of fundamental precept No. 132. The study visits themes of constitutional interpretation and the discussions around the issue raised by the Ministers observing the precepts and grounds on which the arguments were based. Thus, the study seeks to analyze the coherence and consistency of decision in the light of the Federal Constitution and the precepts of the current normative positivist. The problem to be researched, is not the analysis of if or not the correct decision, but the fact of the Judiciary, to call itself the responsibility to regulate situations of character and prerogative of the Legislature, verifying the applicability of the concept of right in the works presented and judged, seeking to articulate the importance of reading the classics to the legal thought, with the Legislation and doctrine on the subject.

**Keywords:** Constitucional law, Fundamental rights, Dignity of human, Homosexual, ADIN n. 4.277.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 A análise do tema a ser estudado.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 A hermenêutica jurídica como hermenêutica de todo o Direito.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3 A hermenêutica jurídica dos direitos fundamentais.....</b>	<b>30</b>
<b>2.4 Os direitos fundamentais constitucionais .....</b>	<b>35</b>
<b>2.4.1 Igualdade e dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>37</b>
<b>2.4.2 Liberdade e autonomia da vontade .....</b>	<b>43</b>
<b>3 O PROCESSO E O JULGAMENTO DA ADIN N. 4.277.....</b>	<b>47</b>
<b>3.1 O caso submetido ao Tribunal .....</b>	<b>47</b>
<b>3.2 As manifestações dos requerentes .....</b>	<b>50</b>
<b>3.3 As manifestações dos requeridos .....</b>	<b>57</b>
<b>3.4 As manifestações dos “<i>amici curiae</i>” e do magistério doutrinário .....</b>	<b>60</b>
<b>3.5 Favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva .....</b>	<b>66</b>
<b>3.6 Desfavoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva .....</b>	<b>66</b>
<b>3.7 Os votos dos ministros .....</b>	<b>67</b>
<b>3.7.1 Ministro Ayres Britto.....</b>	<b>67</b>
<b>3.7.2 Ministro Luiz Fux .....</b>	<b>72</b>
<b>3.7.3 Ministra Carmem Lúcia.....</b>	<b>75</b>
<b>3.7.4 Ministro Ricardo Lewandowski .....</b>	<b>77</b>
<b>3.7.5 Ministro Joaquim Barbosa .....</b>	<b>78</b>
<b>3.7.6 Ministro Gilmar Mendes .....</b>	<b>80</b>
<b>3.7.7 Ministra Ellen Gracie .....</b>	<b>82</b>
<b>3.7.8 Ministro Marco Aurélio .....</b>	<b>82</b>
<b>3.7.9 Ministro Celso Mello .....</b>	<b>85</b>
<b>3.7.10 Ministro Cezar Peluso .....</b>	<b>89</b>
<b>4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>95</b>

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto de estudo os julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceram a licitude, no ordenamento jurídico brasileiro, da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Para isso analisou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.

Assim, a finalidade do estudo é analisar criticamente a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) e discutir as argumentações insertas nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional n. 132, discorrendo seus pontos centrais, abordando de forma ampla o reconhecimento e conhecimento de obras e textos imbuídos de notáveis riquezas jurídicas, sem as quais não se pode prosseguir, mantendo como norte o fato do Poder Judiciário desempenhar, nesse caso específico, função exclusivamente do Poder Legislativo.

Desse modo, com o intuito de delimitar o tema, o trabalho estabelece um diálogo entre a teoria dos direitos fundamentais e a hermenêutica jurídica, isto porque o assunto comporta discussão jurídica, estudo este de relevância prática e jurídica, pretendendo o trabalho analisar a interpretação dos direitos fundamentais e o conceito aplicado ao direito.

A argumentação levanta-se em decorrência de que, nos dias atuais, a interpretação da Constituição Federal tem sido discutida no Direito brasileiro, buscando o magistério doutrinário entender qual seria a melhor forma de interpretação e como deveria ser aplicada. A questão é a forma em que deve ser interpretada.

A reflexão que se faz para efeitos acadêmicos é sobre o fato do Poder Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, chamar para si a responsabilidade de caráter e prerrogativa do Poder Legislativo, não estando em estudo encontrar-se a necessidade de se garantir direitos às pessoas que mantêm relacionamento homossexuais, e a necessidade de reconhecimento da união estável entre homossexuais como entidade familiar, mas sim, o ativismo do Supremo Tribunal Federal (STF).

Implica o trabalho em avaliar o ato praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através de simples análise, dialogando sobre as disposições da Constituição Federal

como base nas argumentações apresentadas pelos ministros em seus votos, bem como, a hermenêutica utilizada para fundamentar as sustentações realizadas nos votos, descansando a dissertação sua justificativa, no estudo das funções exercidas pelos poderes Judiciário e Legislativo, apresentando argumentações e obras com objetivo de analisar a coerência, a postura e a influência de paradigmas vigentes na prática jurídica.

A discussão do mérito se baseia no ativismo do Supremo Tribunal Federal (STF) e no fato de encontrar-se o Poder Judiciário usurpando competência do Poder Legislativo.

## **2. HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O presente capítulo busca analisar a interpretação dos direitos fundamentais, considerando as questões decorrentes da hermenêutica jurídica, com o objetivo de permitir e conhecer o embasamento e o fundamento utilizado nas discussões postas perante o Poder Judiciário nos votos proferidos nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.

### **2.1 Análise do tema a ser estudado**

A Constituição Federal é sistema de regras e princípios, que possuem o dever de garantir direitos, os quais devem ser cumpridos, exigindo que as questões postas a julgamento sejam decididas em consonância com a norma, por isso, necessário se faz estudar a interpretação da Constituição Federal enquanto norma jurídica, no que pertine ao fato do Poder Judiciário encontrar-se legislando positivamente, como ocorreu na decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.

Nessa linha de compreensão, aborda-se a decisão do Supremo Tribunal Federal apresentando os casos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, os votos de cada ministro, teses e argumentos favoráveis e desfavoráveis ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, vislumbrando-se nas decisões que o julgador por meio da linguagem, criou norma jurídica, atribuição esta que deve ser desincumbida pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário.

Com base em tais considerações foram estudadas duas ações, bem como os votos proferidos, sendo possível investigar o enfoque apresentado por cada ministro, os conceitos sobre direito e sua aplicabilidade e as interpretações dos operadores do direito, tendo o trabalho como problematização à análise da coerência e consistência da decisão, verificando se a decisão prolatada se sustenta à luz da Constituição Federal diante de sua validade indiscutível, trazendo como problema a ser focado, não a conclusão da decisão propriamente dita, mas o

fato do Poder Judiciário chamar a responsabilidade para regulamentar situação de atribuição e competência do Poder Legislativo.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.227, gerou discussões no que tange a exacerbação ou não do Supremo Tribunal Federal (STF), nas atribuições estabelecidas na Constituição Federal, visto que, ao decidir pelo reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo invadiu o campo de atuação, constitucionalmente, reservado ao Poder Legislativo.

De modo que, constata-se que os intérpretes e julgadores, diante de questões polêmicas, confrontados com diversas possibilidades de solução das questões postas em julgamento, exsurtem de uma norma constitucional, julgam de acordo com suas consciências, trazendo à tona opiniões pessoais, desvinculadas da norma constitucional como um todo, demonstrando a diversidade de ideias apresentadas nas argumentações.

Nesse percurso, a contribuição do estudo evidencia-se sobre a análise das argumentações de cada intérprete e julgador, os quais demonstram baseando-se em princípios constitucionais suas opiniões, pautando-se na visualização da escolha e da melhor solução apontada por cada julgador para as questões postas em debate, objetivando entender à luz das normas constitucionais, se a decisão tomada gera ou não consequências das quais futuramente imputará ao Poder Judiciário, decidir questões que não são constitucionalmente sua função, o que justifica o interesse uma vez que propicia argumentos críticos a respeito das decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Necessário se faz para sustentação da pesquisa, o estudo da hermenêutica e dos direitos fundamentais aplicados na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, sendo que, o termo hermenêutica objetiva a análise da definição e a sistematização dos métodos aplicáveis, com intuito de determinar o sentido das impressões contidas na norma jurídicas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “A hermenêutica designa uma ciência que se ocupa da compreensão e interpretação de determinados textos, e é considerada uma ciência do espírito, que abarca o estudo da atividade humana de interpretar”. A hermenêutica jurídica como salientado por Carlos Maximiliano, “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões de Direito”, para concluir que a interpretação jurídica é a aplicação da hermenêutica pois “a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A

No que se refere à interpretação, esta difere-se da hermenêutica pois, “a interpretação jurídica é uma espécie de gênero denominado interpretação da função normativa”, concluindo que “o problema que caracteriza esse tipo de interpretação consiste em entender para poder atuar e decidir”<sup>2</sup>, fazendo-se pois necessário que o intérprete realize função interpretativa, com intuito de identificar o sentido da norma para posteriormente, aplicar solução ao caso posto em análise.

Assim, é possível afirmar que a hermenêutica é um processo unitário que deve ter incluído além do conhecimento, a compreensão e interpretação do texto, bem como, o meio e a forma em que deverá ser aplicada, tendo a interpretação como fim, a compreensão do texto normativo, constituindo a descoberta do conteúdo e do significado da norma no contexto do caso concreto<sup>3</sup>, devendo o intérprete analisar as diferentes disposições da norma com intuito de identificar qual dos significados e compreensão é o mais exato.

É certo que, não existe verdade absoluta e imutável, entretanto, o intérprete deve identificar dentre as possibilidades interpretativas a que se apresenta razoável e justa, sendo que a interpretação constitucional<sup>4</sup> possui papel jurídico e político no ordenamento jurídico.<sup>5</sup>

O controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), deve manter e guardar regras sobre sua composição, competência e poderes, tendo por característica básica a

---

Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”. (Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional / Alexandre de Moraes – 2ª Ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 100).

<sup>2</sup> BETTI, Emílio, Interpretación de la ley de los actos jurídicos. Madri: revista de Derecho Privado, 1975. P. 95. (Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional / Alexandre de Moraes – 2ª Ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 100).

<sup>3</sup> Como salientado por Luís Roberto Barroso: “a aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato”. (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 3ª Ed., São Paulo, Saraiva: 1999, p. 104).

<sup>4</sup> Garcia de Enterría: “todo o problema da justiça constitucional consiste em uma questão de princípio: se convém ou não reconhecer à Constituição o caráter de norma jurídica. Se a resposta for negativa, isso implica em uma série de consequências e, principalmente, uma Constituição será concebida como um compromisso ocasional de grupos políticos, substituível em qualquer momento em que o equilíbrio destes aponte um resultado diverso; o qual se traduz em uma incitação positiva à troca constitucional, via pela qual cada grupo tentará melhorar suas posições e, se for possível eliminar seus competidores. Por outro lado, se a Constituição se dita das características de uma norma jurídica que deve presidir o processo político e a vida coletiva da comunidade de que se trate, a perspectiva transforma-se. A Constituição será considerada não mais como simples mecanismo de articulação mais ou menos ocasional de grupos políticos, mais ou menos relevantes e ameaçados sempre pela troca ou desaparecimento como tais grupos. (Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional / Alexandre de Moraes – 2ª Ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 103)

<sup>5</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, salienta que: “o Direito Constitucional científico não deve nem pode satisfazer-se com o emprego exclusivo dos métodos tradicionais consagrados pela Hermenêutica” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo Legislativo. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 2).

regulação de relações políticas da sociedade e a limitação do Poder Estatal<sup>6</sup>, observando-se pois que a interpretação constitucional visa à garantia da efetividade das normas constitucionais e da aplicabilidade de seus preceitos, devendo a interpretação ser realizada sobre todo o ordenamento jurídico, jamais isoladamente, tudo com intuito de realizar o controle das leis editadas pelo poder constituinte sem, no entanto, deixar de eleger a melhor solução para o caso concreto.

Os direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988, historicamente<sup>7</sup> buscaram crescimento e amadurecimento até engendrar no artigo 1º<sup>8</sup> que trata dos direitos

---

<sup>6</sup> Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “não se pode levar à interpretação da Constituição todos aqueles formalismos típicos da interpretação da lei. A lei constitucional chama-se apenas por metáfora, ela não é igual às outras leis. A constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Constituição Brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas. Cadernos de Direito constitucional e Ciências Políticas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V. 17, p. 49)

<sup>7</sup> Artigo 1º ao 5º da Constituição política do Império, jurada em 25 de março de 1824: “Art. 1. O Imperio do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admitte com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia. Art. 2. O seu territorio é dividido em Provincias na fórma em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado. Art. 3. O seu Governo é Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo. Art. 4. A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil. Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”. E, artigos 1º e 15, da Constituição Federal, promulgada em 1891: “Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. Artigos 1º a 4º da Constituição Federal 1934: “Art 1º - A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889. Art 2º - Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos. Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. § 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. § 2º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro. Art 4º - O Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento; e não se empenhará jamais em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação”. Artigo 1º e 2º da Constituição Federal de 1937: “Art 1º - O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade. Art 2º - A bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais são de uso obrigatório em todo o País. Não haverá outras bandeiras, hinos, escudos e armas. A lei regulará o uso dos símbolos nacionais”. Artigos 1º e 36 da constituição Federal de 1946: “Art 1º - Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. § 1º - A União compreende, além dos Estados, o Distrito Federal e os Territórios. § 2º - O Distrito Federal é a Capital da União. Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições”. Artigos 1º, 6º e 7º da Constituição Federal de 1967: Art. 1º O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado. Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento. II - Coordenação. III - Descentralização. IV - Delegação de Competência. V - Contrôlê. Art. 7º A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e



fundamentais. E dentre os princípios fundamentais de acordo com o julgamento analisado, a base das argumentações são pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana, que se manifesta como a pretensão ao respeito às pessoas, assegurando que não haja menosprezo objetivando que se resguarde a estima a todos os seres humanos, independente de raça, cor, idade, sexo, religião, etc., abarcando o princípio da dignidade da pessoa humana o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros.

De sorte que, de acordo com o texto normativo, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, estando expressamente estabelecido ser a família célula da sociedade, independentemente da forma de concepção, seja derivada do casamento ou da união estável, resguardando a obrigação do Estado em propiciar a devida proteção à família, tendo ainda como obrigação a proteção do indivíduo e a garantia de tratamento igualitário.

Nessa concepção, reconheceu o Supremo Tribunal Federal (STF) a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando interpretação conforme o texto normativo inserto no artigo 226<sup>9</sup> e, conseqüentemente, alterando o sentido do texto

---

compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de govêrno; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”. E ainda, os artigos 1º, 6º e 7º da emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969: “ Art. 1º O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido. § 2º São símbolos nacionais a bandeira e o hino vigorantes na data da promulgação desta Constituição e outras estabelecidos em lei. § 3º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios. Art. 6º São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições; quem fôr investido na função de um deles não poderá exercer a de outro. Art. 7º Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe. Parágrafo único. É vedada a guerra de conquista.

<sup>8</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui um Estado Democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Parágrafo único – Todo o poder emana do povo; que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos da Constituição”.

<sup>9</sup> **Art. 226** - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado

infraconstitucional inserto no artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro<sup>10</sup>, ampliando as garantias anteriormente aplicadas ao homem e à mulher àqueles relacionamentos oriundos da relação homossexual.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 2º<sup>11</sup>, a existência de três poderes que são “independentes e harmônicos entre si” e de acordo com o dispositivo, cada poder possui suas atribuições que devem ser respeitadas, sem que haja usurpação das funções.

O artigo 60, §4º, inciso III, da Constituição Federal<sup>12</sup>, fixa a centralidade no ordenamento jurídico brasileiro da concepção de separação de poderes, estabelecendo as competências de cada poder, e no artigo 102, *caput*<sup>13</sup>, estabelece que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem por atribuição precípua a guarda dos dispositivos constitucionais, imputando-lhe o dever de proteger as normas postas na Constituição Federal, com intuito de prevenir e impedir que haja qualquer investidura ou ofensa face aos dispositivos constitucionais.

Diante disso, a dissertação está consubstanciada no estudo da hermenêutica e dos direitos fundamentais, investigando a partir de ensinamentos doutrinários a compreensão da norma dada pelos ministros através de seus votos, bem como dos diversos aspectos insertos na Legislação, Constituição e Doutrina dos magistrados, sendo este o tema levantado e discutido no segundo capítulo.

O terceiro capítulo tem por finalidade apresentar os principais argumentos jurídicos (discursos) e fundamentos normativos (enunciados), utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para decidir em conformidade com a Constituição Federal, buscando o estudo identificar os argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, discorrendo sobre as questões postas pelo requerente, requeridos, *amicus curiae* os quais argumentam sobre a legalidade ou não do

---

assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

<sup>10</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável

<sup>11</sup> Artigo 2º da CF “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”

<sup>12</sup> Artigo 60, §4º, III da CF “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta (...) §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) III – a separação dos poderes”.

<sup>13</sup> Artigo 102 da CF “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”.

reconhecimento e as considerações sobre as consequências, tendo como ponto principal à possibilidade ou não do Supremo Tribunal Federal (STF), decidir sobre questões que são de competência do Poder Legislativo.

A questão principal suscitada no estudo é o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal (STF), na usurpação da atribuição do Poder Legislativo ferindo o equilíbrio entre os Poderes, concedendo ao Poder Judiciário a função de legislar, desvirtuando a função inserta na Constituição Federal, não estando a pesquisa focada na necessidade de reconhecimento dos direitos dos homossexuais, nem tampouco se houve justiça até porque todos devem ter seus direitos resguardados, mas sim sobre o ato exercido pelo Poder Judiciário através do Supremo Tribunal Federal (STF), que exerceu no julgamento em análise função inerente ao Poder Legislativo, visto que, as questões postas e decididas eram de responsabilidade do Poder Legislativo, seja através de emenda à constituição ou através de legislação infraconstitucional.

O argumento sustenta-se amparado nas determinações constitucionais de distribuição de atribuições aos Poderes, analisando se a decisão proferida desvirtuou da atribuição e competência, pois a interpretação deve ser realizada ponderando valores, princípios e argumentações, entretanto, dentro dos limites insertos na norma constitucional, sem exacerbar poder e usurpar competência.

Nessa perspectiva, relevante é que haja exposição da concepção de autores que analisam o tema para que se identifique as peculiaridades das vertentes doutrinárias, não havendo no trabalho pretensão de defesa de uma vertente, mas apenas compreender a hermenêutica utilizada pelos ministros para proferir a decisão, e ao final, expor a concordância ou não com o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, dentre outros autores destacam-se as análises realizadas por Virgílio Afonso da Silva, Raimundo Bezerra Falcão, Maria Berenice Dias, Luis Carlos Martins Alves Junior, Pasquale Fiori, Carlos Maximiliano dentre outros, não esgotando de maneira alguma as concepções teóricas sobre o assunto, mas buscando demonstrar algumas divergências sobre os temas postos em análise permitindo melhor compreensão sobre as discussões levantadas.

A análise da hermenêutica, dos direitos fundamentais e dos votos dos ministros será realizada no decorrer do texto com a preocupação de identificar os conceitos, argumentações, fundamentações, para que sirvam de premissas para a estruturação e desenvolvimento do trabalho, salientando que, o intuito do estudo é buscar conhecimento para ao final compreender que a instrução faz-nos descobrir cada vez mais a nossa ignorância e a necessidade de continuar buscando o conhecimento.

## 2.2 A hermenêutica jurídica como hermenêutica de todo o direito

Hermenêutica jurídica é a compreensão dos fatos, interpretação dos textos e aplicação da solução que é a norma, pois a norma é a compreensão dos fatos, interpretação dos textos e aplicação da solução, sendo a interpretação é a operação que tem por fim “fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador”.<sup>14</sup>

Diferenciando hermenêutica e interpretação a doutrina explica que, a hermenêutica é a parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira.<sup>15</sup> Portanto, a interpretação é entendida como a aplicação das regras que a hermenêutica possibilita para que haja entendimento dos textos legais, não podendo a interpretação e a hermenêutica limitar-se aos termos da norma, mas buscar o conhecimento referente às estruturas e ao funcionamento da interpretação<sup>16</sup>.

Explica-se ainda que, “se a atividade ou o simples ato de captação do sentido é a interpretação, as regras pelas quais ela se opera e o entendimento de suas estruturas e de seu funcionamento, enfim, o entendimento dos seus labirintos é a Hermenêutica”.(FALCÃO, 2010, p. 84).

Assim, pode-se dizer nos termos do conceito ofertado linhas acima, que a hermenêutica é um sistema de diretrizes que tem por objetivo a orientação da atividade interpretativa buscando analisar os fatos, fundamentos e argumentações, com intuito de impossibilitar desvios da função social da interpretação, impedindo que haja cerceio na liberdade de pensar e nas diversas opções interpretativas, para que se possa aplicar ao caso concreto a melhor interpretação, tudo com a finalidade de possibilitar que a interpretação alcance a função social que é a solução do problema, sendo esta a atribuição precípua da hermenêutica, qual seja, encontrar a melhor interpretação.

---

<sup>14</sup> Pasquele Fiore, De La irretroactividad e interpretación de las leyes, p. 564; cf. Savigny, Sistema Del diritto romano, v. 2, §32, p. 315 e SS.; Beliláqua, Teoria geral do direito civil, § 35; Mello Freire, Patrii júris hermenêutica: historia júris civilis lusitani, p. 139; Paula Baptista, Hermenêutica jurídica, Processo civil e comercial, p. 295; Alipio Silveira, Hermenêutica no direito brasileiro, 2 v. França, R. Limongi, Hermenêutica jurídica, p. 19.

<sup>15</sup> Carlos Maximiliano, Hermenêutica jurídica e aplicação do direito, p. 14. França, R. Limongi, Hermenêutica jurídica, p. 19.

<sup>16</sup> Falcão, Raimundo Bezerra, hermenêutica, 2010, p. 84

De modo que, encontra-se na doutrina diversas formas de conceituar hermenêutica e nortear o intérprete na busca da solução do problema, tudo no intuito de que o operador do direito não aplique apenas suas opiniões pessoais, mas tenha condições de fundamentar suas argumentações na efetivação da solução do problema.

Luís Carlos Martins Alves Junior, no texto a interpretação judicial dos direitos fundamentais, afirma que: “o juiz não é solitário. A sua decisão é forjada no seio do processo com a apresentação de fundamentos e argumentos contrapostos”, entendendo pois que tudo é interpretável, devendo pois a hermenêutica como atividade interpretativa, dar ao intérprete condições de pesquisar, desvendar e orientar, impossibilitando que o operador do direito estacione no campo dos palpites, devendo buscar na teoria do conhecimento os fundamentos subsídios necessários a possibilitar a organização e interpretação. (ALVES JR. p ).

Carlos Maximiliano entende que, “Com as luzes da hermenêutica, o jurista aplica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes foram a base, e desse princípio as consequências que do mesmo decorrem”. (BASTOS, 1988, p. 346).

E, em consonância com o entendimento exposto, Anna Cândida da Cunha Ferraz, admite que:

Não obstante a variedade dos métodos apontados pela doutrina, prevalece o entendimento de que a interpretação constitucional é espécie do gênero interpretação jurídica, porém revestidas de características e critérios peculiares, derivados, especialmente, da natureza e das notas distintivas das disposições constitucionais: supremacia e rigidez constitucional, diferentes conteúdos das normas constitucionais, caráter sintético, esquemático e genérico da Constituição. (BASTOS, 1988, p. 347).

Observa-se pois que, a técnica de interpretação é alterada a todo o tempo, de acordo com a intenção do intérprete, sendo um sistema de diretrizes de recriação constante, que somente é efetivado em decorrência da possibilidade de se escolher entre as diversas alternativas de interpretação, àquela que melhor se volta para o alcance do social, visto que, a hermenêutica, que é a instrutora da interpretação, não pode fugir aos seus compromissos

devendo buscar na teoria do conhecimento os subsídios necessários à organização da interpretação.

Nesse sentido, a hermenêutica não deve ser insensível às bases éticas da linguagem, sendo o saber hermenêutico um saber complexo que ocupa-se da estrutura e da operacionalidade da interpretação, com intuito último de conceder estabilidade em benefício dos efeitos sociais. (FALCÃO, 2010, p. 97).

De jeito que, deve ainda a hermenêutica fornecer condições para que se identifique a veracidade, sendo a hermenêutica “a arte da compreensão”, tendo por finalidade a obrigação de indicar o norte a ser seguido na análise da norma e aplicação ao caso concreto, sendo este o objetivo da interpretação e por outro lado, a responsabilidade da hermenêutica é encontrar meios para efetivar a interpretação. (FALCÃO, 2010, p. 96)

Portanto, a competência da hermenêutica é estruturar a interpretação, com fim específico de operacionalizar direcionando a escolha para um sentido certo, dentre os inúmeros sentidos possíveis, salientando que, a hermenêutica não está voltada apenas à interpretação de textos, mas está vinculada à interpretação em geral, dando estabilidade à interpretação e, conseqüentemente segurança jurídica.

R. Limongi França, ao tratar de hermenêutica e interpretação afirma que:

Quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não se podem restringir tão somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança. (FRANÇA, 2011, p.19).

Assim, constata-se que o objetivo da hermenêutica é outorgar estabilidade, pautando-se em conhecimentos e fundamentos não raramente filosóficos, devendo, ao final direcionar a melhor escolha, buscando a justiça que é indispensável à convivência, coordenando ações sem que haja impedimentos e afronta aos princípios éticos, extraindo o

significado da norma, sem perder a sensibilidade, estando aberto às experiências, entretanto, evidenciando que a interpretação deve levar em consideração o todo.

A interpretação é permeada pela inesgotabilidade dos sentidos, revestida de condições que visem atender a função social, ensejando a progressão, amoldando-se frente às situações reais de conflito concreto e quanto mais se exige da interpretação, a responsabilidade da hermenêutica é majorada, e, para ser considerada total, a hermenêutica deve buscar como foco à dignidade da pessoa humana, impedindo que a individualização prejudique o coletivo, devendo ser contemplado os valores viáveis ao equilíbrio do Direito, como fator de justiça.

A linguagem é a base das relações sociais, sofrendo pois influência no ordenamento jurídico, e para que haja a correta interpretação, necessário faz-se o estudo de métodos e técnicas para a correta interpretação das leis. A interpretação vem de todo um processo de interpretação, compreensão, crítica e as formas de interpretação. Sugiram no decorrer dos tempos várias escolas de interpretação das leis, sendo de salientar que a hermenêutica tem como finalidade básica, a interpretação que deve esclarecer o sentido e o alcance das expressões jurídicas.

Na sociedade jurídica entende-se por hermenêutica o estudo investigativo que tem por objetivo coordenar a análise dos sentidos das normas jurídicas, através de um processo sistemático de interpretação, que se vale de métodos e leis científicas para apuração do sentido, devendo a norma ser interpretada mesmo quando a lei é clara e até mesmo o silêncio se interpreta, o que faz entender que, tudo é passível de interpretação. Ressaltando Kelsen que, "... a norma não é apenas o pressuposto da interpretação mas o resultado da interpretação...". (KELSEN, 2003, p. ).

De forma que, a verdadeira hermenêutica deve ser total a fim de que a interpretação aplicada pelo julgador seja integradora, visto que, para que haja o cumprimento do desempenho a hermenêutica deve ensinar a interpretar, a conectar pensamento para que atendam da melhor forma possível o conjunto, pois tem o intérprete o papel de colher os elementos objetivos da interpretação e ao término do exame, identificar o valor e o nível dos interesses envolvidos, enfatizando o interesse coletivo, "salvo em uma ou outra situação excepcional e especialíssima em que esteja em jogo questão ligada a sentimentos individuais estritos, ou direitos fundamentais de nítida preponderância no caso sob foco" (FALCÃO, 2010. p. 246).

O intérprete precisa perceber em seus estudos que o indivíduo e a sociedade se modificam constantemente, compelindo ao intérprete aferir que em decorrência da interpretação dada ao caso concreto exsurge responsabilidade, provocando efeitos concretos quer ao próprio intérprete, quer ao indivíduo e à sociedade em geral, atingindo bens e valores que de sobremaneira influenciarão na vida e honra dos seres humanos.

Por isso, a hermenêutica possui dimensões que devem buscar amoldar a norma ao fato, com sentimento de equidade, permitindo a utilização de todos os meios possíveis e cabíveis à espécie, visando à realização da justiça, por intermédio do Direito.

A importância das interpretações mostra-se, inclusive, no próprio texto inserto na Constituição Federal, no artigo 93<sup>17</sup>, que estabelece a imprescindibilidade da fundamentação das decisões proferidas até mesmo para que tenha evidenciado a segurança jurídica, pois necessário se faz que as decisões sejam coerentes com o direito vigente, salientando que na prática jurídica atual, evidencia-se uma transição da perspectiva positivista para elaboração de contexto voltado a análise de valores, regras e princípios.

As normas que serão interpretadas devem ser vistas como dispositivos que ensejam a sustentabilidade do ordenamento jurídico, devendo o interprete ter como norte os princípios constitucionais, asseverando Luís Roberto Barroso, que:

“O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais de ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie” (BARROSO, 2003, p. 151).

---

<sup>17</sup> Art. 93 – Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes



Celso Ribeiro Bastos, buscando estabelecer diferenciação entre regras e princípios expõe que:

“As constituições não são compostas de normas que exerçam função idêntica dentro do texto maior. É possível vislumbrar duas categorias principais: uma denominada de princípios e outra de regras. As regras seriam aquelas normas que se aproximam às do direito comum, isto é, têm os elementos necessários para investir alguém na qualidade de titular de um direito subjetivo. Outras, no entanto, pelo seu alto nível de abstração, pela indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas, tem o nome de princípios” (BASTOS, 2002, p. 208).

As questões decorrentes da interpretação, hermenêutica, diferenciações entre regras e princípios, influenciam nas argumentações e fundamentos postos nas decisões proferidas pelos intérpretes, não sendo raras as vezes em que o intérprete busca amparo nos princípios para afastar condutas que considera abusivas, ensejando pois, inúmeras possibilidades de interpretação. Entretanto, é necessário limitar a atuação do intérprete para que não haja abusos e usurpação de competência, devendo ser analisado o conjunto de métodos imbuído do estudo do texto normativo, princípios, valores.

No caso em estudo, a discussão surge acerca do papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na interpretação constitucional, que tem por obrigação guardar o texto normativo constitucional como um todo, devendo quando das decisões analisar valores, decidir de acordo com cada caso concreto e nos termos da norma constitucional, zelando pelo cumprimento de suas atribuições, deixando para o legislador a atribuição da importante tarefa de legislar, mantendo o enfoque acerca das atribuições e competências postas na Constituição Federal, sem que haja usurpação de função, utilizando como fundamento a interpretação das normas constitucionais e dos princípios, pois estar-se-ia ampliando a competência do poder judiciário.

Não se pretende que o Supremo Tribunal Federal (STF) se exima de interpretar as normas insertas na Constituição Brasileira, mas apenas realize a interpretação na concepção da Constituição, pois a interpretação deve ser realizada nos liames da moldura, isto porque, se o direito é garantido por uma norma, esse direito seria definitivo e a interpretação dessa norma envolve uma série de problemas interrelacionados, sendo certo que, a forma de interpretação da

constituição, tem sido alvo de discussões, levando dúvidas quanto aos métodos de interpretação, bem como de sua função no universo jurídico, pois a Constituição deve ser interpretada como um todo, buscando a melhor aplicação da norma ao caso concreto.

Virgílio Afonso da Silva, quando trata do assunto da unidade da constituição, explica que:

Nem sempre se quer dizer a mesma coisa quando se fala em "unidade da constituição". Normalmente se quer dizer simplesmente que o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como isoladas e dispersas, mas como preceitos integrados – evitando-se, assim, contradições internas no seio da constituição (SILVA, 2010, pp. 121 e 122).

Certo é que, a Constituição Federal deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre os textos normativos, buscando harmonizar as normas que não podem ser analisadas isolada e parcialmente, mas sim de forma unitária, pois as normas jurídicas não estão desvinculadas, mas conexas entre si, ensejando pois que a interpretação se realize de forma coordenada e sistemática.

Vigo, ao tratar do objeto da interpretação jurídica, citou Savigny, ao expor que “a interpretação jurídica consistirá na ‘reconstrução do pensamento ínsito da lei’”. (VIGO, 2010, p. 37), salientando que, em decorrência das diversas formas de interpretação, deve-se resguardar a segurança jurídica, buscando-se resolver da melhor forma possível o caso concreto, entretanto, sem deixar de considerar as normas constitucionais como um todo.

Darcy Cesar Fabriz, no artigo Interesse local e direitos fundamentais na Federação brasileira a partir de 1998, assevera que “a Constituição da República funciona como fator de unidade e validade de toda a ordem jurídica. Ou seja, as leis produzidas tanto no âmbito da União, dos estados-membros e dos municípios devem encontrar a sua validade, em última instância, na Constituição que instituiu o todo; as partes estão atreladas à lei maior” (FABRIZ, 2008, p. 24).

Destarte, necessário se faz compreender que a efetividade constitucional depende da forma a que se submetem as situações concretas, resguardando a aplicação das leis, visto que, “todo o tecido normativo infraconstitucional precisa, assim, incorporar o espírito constitucional para que suas estruturas possam tornar concretas as pretensões superiores” (FARIAS, 2007, p. 22).

A interpretação do texto constitucional deve se dar no sentido de ofertar de maneira ampla a proteção das normas, visando resguardar direitos e princípios, e, no caso em

estudo o Supremo Tribunal Federal (STF), legislou ativamente sendo necessário considerar que referente a homossexualidade e o seu reconhecimento como entidade familiar e outros aspectos, o Poder Legislativo tem para ser analisado Projetos de Lei, os quais por enfrentarem situações conflitantes, tramitam sem a preocupação de se colocar em votação, como por exemplo, Projeto de Lei n. 1.151/95, que tramita na Câmara dos Deputados, a quinze anos, de autoria da Deputada Federal Marta Suplicy que propõe seja disciplinado a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Vislumbra-se pois, que não seria imprescindível que o Poder Judiciário regulamentasse situação fática para a qual ainda não se efetivou positivamente, não podendo deixar de mencionar que, com a omissão do Legislativo em regulamentar a união estável de pessoas do mesmo sexo e os direitos decorrentes do reconhecimento, gerou a busca do Poder Judiciário, para dirimir questões que envolvem os direitos dos homossexuais, ficando passível de decisões contrárias, impingindo insegurança jurídica na sociedade.

Resta evidenciado que, o Poder Legislativo precisa, imbuído de suas atribuições e competências insertas na Constituição Federal, enfrentar o tema família em sua amplitude, regulamentando sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, direitos e obrigações, pois, esta é a atribuição do Poder Legislativo, criar leis que nortearão a evolução da sociedade, buscando delimitar da melhor forma as situações fáticas.

O Poder Judiciário não pode fundado na interpretação e na hermenêutica, legitimar-se ao ativismo judicial, insurgindo-se ainda quanto a ponderação de princípios, meio pelo qual o Poder Judiciário utiliza para interpretar a Constituição Federal como exercício do ativismo judicial, isto porque, os princípios e as argumentações pautadas nos direitos fundamentais, são critérios utilizados para permitir diversas interpretações por parte do Poder Judiciário, evidenciando-se que o peso aplicado aos princípios conflitantes dependerá de subjetivismo, ou seja, da opinião e vontade do intérprete.

No que pertine a fundamentação principiológica praticada pelos intérpretes, o que se tem evidenciado é que, diante dos princípios os operadores do direito, buscam a justiça, negligenciando, muitas vezes, o dever de fundamentar seus julgados, eis que, os princípios deram espaço ao decisismo judicial, o qual não raras vezes, prejudicam a democracia autorizando que o intérprete ignore as deliberações do legislador, comprometendo a separação dos poderes e as atribuições enumeradas constitucionalmente e inerentes a cada um dos poderes, o que certamente, compromete a segurança jurídica.

O Poder Judiciário tem como atribuição a análise do fato concreto e a aplicabilidade da norma e, havendo atuação proativa do Poder Judiciário, violado está a separação dos poderes, eis que, atuando o Supremo Tribunal Federal (STF) ativamente e inovando o ordenamento jurídico, criando regulamentos, usurpa a função do legislador e interfere na competência de atribuição do Poder Legislativo, baseando e pautando suas justificativas na interpretação e nos direitos fundamentais.

A doutrina dos magistrados tem entendido que a concretização dos direitos fundamentais insertos na Constituição Federal, não são fundamentos para que o Poder Judiciário atue positivamente, utilizando a interpretação e a hermenêutica como meio de garantir o cumprimento dos direitos, isto porque para que haja uma interpretação adequada das normas, o intérprete do direito deve realizar uma leitura baseada na norma constitucional e nas suas competências.

A interpretação das normas jurídicas é um dos principais problemas enfrentados pelo intérprete do direito, pois os juízes deveriam aplicar o direito, atendendo características da situação fática, com intuito de garantir coerência no momento da concreção da norma, e entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao interpretar os Direitos Fundamentais, impinge a si obrigação que não é de sua competência, refugiando-se na omissão do Legislativo como canal para criar normas jurídicas.

A limitação da semântica deve imperar na interpretação, visto que, o intérprete deve aplicar o que está inserto no texto, atribuindo sentidos, mas sem ignorar o enunciado do texto, não estando com isso defendendo que o intérprete fique engessado ao texto, mas que decida de acordo com a norma expressa, diante da impossibilidade de se ignorar o texto normativo.

O intérprete é livre no processo de interpretação, por isso, deve ponderar os interesses e valores consubstanciados nos fatos expostos dando enfoque à norma constitucional como um todo, evitando-se excessos e arbitrariedades que possam colocar em risco a segurança do ordenamento jurídico, tendo por obrigação buscar a solução do problema, apontando a melhor interpretação posta na norma constitucional, sem entretanto, deixar de considerar que a solução deve ser interpretada a partir do texto normativo.

O intérprete ao exercer suas atribuições jurisdicionais, não deve valer-se do poder de criação de norma jurídica, mas, manter a abordagem hermenêutica na interpretação textual, limitando uma interpretação proferida de acordo com as conveniências e/ou pressões públicas,

isto porque, em determinados casos o texto constitucional por ser considerado um universo no qual possibilita ao intérprete descobrir mais de um sentido. (NOJIRI, 2005, p. 156).

Luciano Santos Lopes, ao analisar sobre hermenêutica constitucional argumentou que:

a hermenêutica constitucional confere legitimidade aos seus preceitos exatamente por serem mecanismos protetores dos direitos fundamentais. Os valores que a Constituição protege devem ser apreciados de acordo com o projeto político-jurídico planejado. O concretismo interpretativo entende que o sentido pleno da norma constitucional somente será fornecido quando sua leitura considerar a realidade em que vive o intérprete e a situação fática que ele visa compreender normativamente. Ainda, é preciso entender que há situações fáticas que podem fazer conflitar os princípios constitucionais. Estes devem ser mensurados quanto à aplicabilidade ao caso específico (qual deles deve prevalecer), sem que nenhum deles perca a vigência ou mesmo a legitimidade. Os conflitos entre os princípios constitucionais são resolvidos com a utilização do postulado da proporcionalidade, no plano do peso. Há que ponderar valores e efetivar decisão defensiva dos direitos fundamentais, objeto da tutela constitucional. Certo é que parece equivocado afirmar pela responsabilidade das pessoas coletivas sem agredir aos referidos princípios. E, diga-se, nem mesmo a redação dos referidos artigos está imune à dúvida interpretativa. Não há unanimidade na interpretação de seus enunciados. (LOPES, 2012).

Sobre a forma de interpretação há vasta pesquisa conforme Luis Roberto Barroso<sup>18</sup> que narra nos seguintes termos:

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação. Barroso, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula de. Op. cit. (nota 1), p.314.

---

Assim, constata-se que o texto constitucional apresenta-se de forma a ser interpretado, situação esta que demonstra a importância da análise da dinâmica concreta a partir do julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, à luz da interpretação e da hermenêutica utilizada para fundamentar as argumentações dos votos dos ministros.

### **2.3 A hermenêutica jurídica dos direitos fundamentais**

A interpretação é indispensável à boa compreensão dos direitos fundamentais, devendo a interpretação resguardar os preceitos da democracia social, levando em consideração quando da aplicação da norma os métodos interpretativos, garantindo o devido amparo ao direito do indivíduo.

Neste estudo, procura-se demonstrar a importância de uma interpretação pois, no direito deve a norma ser interpretada de forma a gerar o alcance da justiça desejada, sendo tarefa primordial do intérprete utilizar-se de pesquisa fixando o sentido verdadeiro da norma, bem como as consequências advindas da decisão proferida, tendo o operador do direito a obrigação de extrair da norma o sentido e o alcance do direito, devendo atentar-se aos princípios constitucionais, através de um processo hermenêutico-interpretativo que esteja comprometido com os direitos fundamentais.

De jeito que, o intuito da hermenêutica jurídica dos direitos fundamentais é buscar implementos do direito que possibilitem a compatibilização da norma com a realidade do indivíduo, formulando possíveis soluções ao problema levado à discussão, escolhendo a melhor interpretação com intuito de abrandar a desigualdade, pautando-se na realidade social e nos valores, exigindo do intérprete uma interpretação condizente com o sistema jurídico, que vise suprir lacunas e erradicar as diferenças.

O Poder Judiciário fundamentado na hermenêutica deve interpretar conforme as normas constitucionais e os direitos fundamentais, devendo o intérprete repudiar a interpretação que afronte os direitos fundamentais, adequando a norma ao fato concreto, visto que, exige-se diante da complexidade da sociedade que se construa direitos com objetivo de garantir e assegurar a liberdade, igualdade, autonomia da vontade, dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais devem ser instituídos para garantir a inclusão do indivíduo e a hermenêutica garantir a efetivação do processo de construção de dispositivos que respeitem as diferenças da sociedade, salientando que o intérprete deve buscar a impessoalização hermenêutica, interpretando em conformidade com o sistema jurídico constitucional, orietando-se para que não haja interpretações equivocadas e prejudiciais à coletividade.

Assim, uma hermenêutica que tem por objetivo a concreção dos direitos fundamentais, deve pautar-se no reconhecimento da necessidade do intérprete construir o sentido da norma a ser aplicada ao caso concreto, comprometendo-se com a efetividade da Constituição Federal, garantindo a manutenção dos direitos fundamentais.

A interpretação judicial dos direitos fundamentais deve ser realizada com imparcialidade, tendo o intérprete a obrigação de analisar as provas, os fatos e argumentos, buscando conhecer os fundamentos normativos para que possibilite de forma imparcial a apresentação da melhor solução ao problema, devendo a decisão ser fundamentada pois, principalmente, no tocante aos direitos fundamentais os termos possuem diversas compreensões,

Nessa premissa, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem decidido quando do julgamento de questões polêmicas, ao proferir suas decisões, justificar suas argumentações pautando-se nos direitos fundamentais como a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e autonomia da vontade, isto porque, os princípios constitucionais são considerados o aqueduto da hermenêutica jurídica, conduzindo o intérprete a observar os valores e os interesses da pessoa humana, operacionando a hermenêutica, tendo a Constituição como moldura. (DIAS, 2011, p. 58).

Em qualquer processo hermenêutico, os princípios constitucionais possuem primazia, sendo necessário identificar alguns princípios que regem o direito de família e que são discutidos no julgamento analisado no trabalho, identificando à princípio, direito fundamental da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, liberdade e respeito à diferença, solidariedade familiar, pluralismo das entidades familiares, proteção integral a criança, adolescentes, jovens e idosos, proibição de retrocesso social, afetividade, autonomia da vontade.

De forma que, não se pretende delimitar números nem tampouco esgotar seu elenco, mas é necessário para dar respaldo ao trabalho que se finque diretrizes estabelecendo sobre quais princípios primordialmente será levantada a discussão, sendo destacado na

pesquisa o princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia da vontade e igualdade.

José Afonso da Silva, ao conceituar direitos fundamentais do homem, expôs que:

Direitos fundamentais do homem é expressão mais adequada, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo “fundamentais”, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; ‘fundamentais do homem’, no sentido de que, a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”. (SILVA, 2009, p. 178).

A Constituição Federal apesar de elencar princípios fundamentais, não obriga de forma mandamental, que se proveja as pretensões individuais a qualquer momento, limitando benefícios direcionados à individualidade e que confrontem os direitos garantidos à coletividade, expondo no preâmbulo, os princípios da liberdade e da igualdade, como valores supremos de uma sociedade, sem preconceitos, vedando expressamente o preconceito em razão do sexo, idade, cor, raça, enfocando o direito à intimidade, à privacidade.

E em assim sendo, o Poder Judiciário pauta-se no conjunto de princípios constitucionais como o da igualdade, dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica para conferir guarda às decisões que usurpam a competência do Poder Legislativo, não se discutindo a evidente obrigação e competência do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, o que se discute é se a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, estão sendo utilizados ou não como justificativa do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal (STF).

A jurisdição do Estado tem como função primordial a consagração dos direitos fundamentais, entretanto, não se pode perder de vista o método da aplicabilidade dos dispositivos insertos no texto constitucional, baseando-se na proteção dos direitos fundamentais como forma de legislar positivamente, função esta por atribuição constitucional do Poder Legislativo.



A petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, teve por fundamento a ofensa aos preceitos fundamentais, identificando a violação ao princípio da igualdade e da proibição de qualquer tipo de discriminação, nos termos do artigo. 3º, inciso IV e artigo 5º *caput* da Constituição Federal.

Outro princípio mencionado é a violação da proteção à segurança jurídica, entendendo ser esta portadora de valor fundamental, por ser garantia que possibilita que os indivíduos planejem as próprias atividades gozando de estabilidade e tranquilidade na fruição dos seus direitos.

A partir da Constituição Federal de 1988, buscou-se inserir nos dispositivos a efetiva proteção à família, reconhecendo a união estável como entidade familiar, conforme se verifica no artigo 226, §3º, impingindo e demonstrando a importância da família na sociedade, sendo necessário enfocar que a família teve sua importância ressaltada a partir do artigo 175 da Emenda Constitucional n. 1/69<sup>19</sup>, artigo 167 da Constituição Federal de 1967<sup>20</sup>, artigo 163 da Constituição Federal de 1946<sup>21</sup> e artigo 124 da Constituição de 1937.

Não obstante, evidencia-se que no caso em análise decorrente do reconhecimento das uniões homossexuais como entidade familiar, buscou-se basear os preceitos nos princípios

---

<sup>19</sup> Artigo 175 da Emenda Constitucional 1/69 Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos; § 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato fôr inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado. § 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. § 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.

<sup>20</sup> Artigo 167 da Constituição Federal de 1967 “Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente. § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência

<sup>21</sup> Artigo 163 da Constituição Federal de 1946 “Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente. § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência

constitucionais da dignidade humana, direito de liberdade, à vida, garantindo o livre desenvolvimento da personalidade, considerando a relevância do reconhecimento do direito de família, fundamentado na pessoa humana.

Cahali<sup>22</sup> analisando o tema entidade familiar, entendeu que “a nova Constituição Federal indubitavelmente imprimiu novos rumos à interpretação das normas relativas ao direito de família”. (CAHALI, 1993, p. 87). E, continuou afirmando que “o rigorismo da interpretação literal dos textos legais pode, não raramente, nos conduzir ao descompasso com a realidade, pode levar a que se crie um abismo entre a Lei e a substância das situações entre o texto frio da Lei e a riqueza de situações que a vida nos proporciona” (CAHALI, 1993, p. 89).

Lydia Neves Bastos Telles Nunes, citando a Professora Patrícia Calmon Nogueira da Gama, sobre as inovações constitucionais no Direito de Família, expôs que:

A constituição de 1988 representou um grande marco no Direito de Família, reformulando noções, princípios e regras que até então vigoravam, e que já estavam ultrapassadas. Em todo mundo civilizado vem se desenvolvendo uma série de transformações nas relações familiares, dentre elas a questão relativa à união estável, e assim o constituinte não poderia olvidar de assunto tão relevante como tal, motivo pelo qual teve a preocupação de introduzi-lo no ordenamento jurídico. (NUNES 2005, p. 23).

Os princípios que gerem a instituição familiar devem precipuamente estar eivado de valores como a liberdade, proteção à intimidade, privacidade e isonomia, garantindo a proteção dos direitos sociais elencados no artigo 6º<sup>23</sup> e 225<sup>24</sup> da Constituição Federal, apontando as discussões sobre o tema que o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto central das garantias decorrentes do Direito de Família, bem como a necessidade da hermenêutica jurídica dos direitos fundamentais ser apresentada como meio de assegurar a garantia dos direitos decorrentes das relações familiares.

No que se refere a hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva, nos ensina que:

---

<sup>22</sup> Repertório de jurisprudência e doutrina sobre o direito de família / Yussef Said Cahali... (et al.) : coordenadora Teresa de Arruda Alvim Pinto – São Paulo : Editora revista dos Tribunais, 1993, p. 87.

<sup>23</sup> Artigo 6º da CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

<sup>24</sup> Artigo 225 da CF: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética. (SILVA, 2010, p. 279).

Dessa maneira, deve a argumentação jurídica pautar-se na busca da solução do problema tendo como suporte o maior número de norma jurídica, assumindo a interpretação constitucional papel decisivo que reflete na necessidade de uma interpretação de acordo com as normas constitucionais para que o caráter aberto das normas e o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados não sejam justificativas para que o intérprete apresente decisões eivadas de subjetividade, visto que a demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida. (SILVA, 2010, 293 e 297).

## **2.4 Os direitos fundamentais constitucionais**

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Estado a obrigação de resguardar o indivíduo em seus direitos mais prementes, quais sejam a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e autonomia de vontade, sendo estas garantias são condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade e, portanto, devem ser protegidas e reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos.

As principais características dos direitos fundamentais são derivadas da obrigatoriedade de se criar os direitos adequados ao contexto histórico e à realidade da sociedade, sendo estes direitos imprescritíveis, irrenunciáveis, invioláveis, direcionados à todos os indivíduos sem quaisquer restrições, devendo ser interpretados de forma conjunta para que não venham a ser afrontados.

Poder-se-ia conceituar direitos fundamentais como sendo os direitos do indivíduo, vigentes no ordenamento jurídico que tenham por objetivo reconhecer a existência de prerrogativas fundamentais do indivíduo.

Os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade, liberdade e igualdade, dão ensejo a diversas compreensões, sendo estes conceitos e interpretações vislumbradas no contexto cultural e social de cada comunidade, agregando-se consciência moral, costumes, experiência, objetivando construção de uma decisão que traga solução à controvérsia apresentada, isto porque, “Direito é aquilo que o juiz diz que é na solução das controvérsias ou dos conflitos. Ou seja, em caso de dúvida, o Direito é aquilo que o juiz decide” (ALVES JR. 2009, p. )<sup>25</sup>.

A produção doutrinária sobre a essencialidade dos direitos fundamentais nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido discutido afirmando Virgílio Afonso da Silva, em análise aos direitos fundamentais que a proteção desses direitos deve ser interpretado de forma ampla, buscando um modelo de interpretação baseado em um suporte fático, que amplia o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, expondo que: “Que direitos, em geral, contenham um conteúdo mínimo pode ser algo intuitivo, que decorre da própria noção de que, sem a garantia desse mínimo, a garantia do próprio direito seria de pouca valia” (SILVA, 2010, p. 23).

Portanto, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ter como definição precípua a aplicação na vida social como um todo, protegendo, garantindo e proibindo restrições à eficácia do direito, isto porque, os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados, sendo pois restringíveis e regulamentáveis.

Paulo Bonavides lembra que “todo princípio fundamental é norma de norma”<sup>26</sup>, sendo necessário ressaltar que determinadas normas, ainda quando válidas e vigentes, são injustas e lesivas, o que leva o julgador a interpretar com base nos princípios para que se concretize a segurança jurídica, devendo o intérprete encontrar meios hábeis a assegurar o mínimo de segurança, pois cada decisão proferida traz consigo consequências. (BONAVIDES, 2009, p. 365)

---

<sup>25</sup> Texto da fala proferida em palestra comemorativa dos 50 anos da Associação dos Magistrados Piauienses – AMAPI, evento ocorrido no auditório do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, na cidade de Teresina, em 07.03.2009.

<sup>26</sup> (BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 6ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Malheiros Editores, 24ª Ed., 2ª tir., 2009, p. 365)

Neste aspecto, Robert Alexy<sup>27</sup> na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traduzidas por Virgílio Afonso da Silva, apresenta característica importante sobre o conceito de norma jurídica, entendendo que a existência de uma espécie de norma que não está apenas na forma expressa do texto Constitucional, para que seja aplicado ao caso concreto, necessário se faz que o direito efetivado através das decisões proferidas pelos operadores do direito, deem a segurança jurídica, baseada na imparcialidade, não significando a neutralidade mas, garantindo através da apreciação das provas e circunstâncias fáticas, bem como, da fundamentação dos argumentos a solução dos conflitos. (SILVA, 2010, p. 11).

Nessa perspectiva, relevante é que se estabeleça análise de alguns direitos fundamentais inseridos como justificativas às argumentações dos ministros nos votos proferidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.

#### **2.4.1 Igualdade e dignidade da pessoa humana**

A Constituição Federal expressamente através do inciso IV do artigo 3º e do inciso XXX do artigo 7º da Constituição Federal, vedam a desigualdade em razão do sexo, instituindo-se pois o princípio constitucional da igualdade, outorgando específica proteção no que diz respeito às questões de gênero, proibindo pois a discriminação em virtude de sua orientação sexual.

Evidencia-se pois que o princípio da igualdade implica a obrigação de tratamento jurídico não diferenciado às pessoas, independentemente de sua orientação sexual, não aceitando privilégios e distinções, situações estas disciplinadas nas Constituições com intuito de aproximar os indivíduos sem qualquer restrição.

A igualdade entre homens e mulheres está expressa no inciso I, do artigo 5º da Constituição Federal, que põe fim a qualquer possibilidade de prevalência do sexo masculino sobre o feminino, o que no âmbito familiar pode, de igual forma, ser identificado no §5º do artigo 226.

---

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

A doutrina refere-se ao princípio da igualdade como um princípio estruturante dos direitos fundamentais, que deve ser amplamente aplicado, visando à equiparação do indivíduo na concessão e gozo dos direitos e deveres, buscando a constituição estabelecer igualdade sem distinção de orientação sexual (art. 3º, IV c/c art. 5º *caput*), igualdade racial (art. 4º, VIII); igualdade entre os sexos (art. 5º, I); igualdade de concepções religiosas (art. 5º, VIII); igualdade jurisdicional (art. 5º, XXXVII), dentre outras.

Unânime na doutrina que quer através da elaboração das leis, quer por meio de interpretação das normas o que não se admite é que seja permitido a prática de atos discriminatórios e atentatórios à isonomia do indivíduo, sob pena de se efetivar retrocesso na história da humanidade, pelo contrário, o que se espera é que a aplicabilidade do princípio da igualdade tenha por objetivo erradicar as diferenças e efetivar a integração da sociedade.

O princípio da igualdade serve como suporte dos direitos e garantias fundamentais, isto porque a aplicabilidade das leis deve ser realizada independente da condição social, racial, credo, concepções políticas, sexo, pois todos são iguais perante a lei, nos termos do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, sendo vedado qualquer tipo de distinção ou discriminação.

O sistema jurídico por meio da aplicabilidade do princípio da igualdade, pretende firmar a impossibilidade de distinções, buscando assegurar preceitos que garantam o equilíbrio para a solução do problema, devendo o intérprete utilizar mecanismos que visem demonstrar um sentido, ou uma interpretação igualitária às normas, sob pena de gerar desigualdades e causar insegurança na sociedade.

De jeito que, o princípio da igualdade visa a evitar condutas que contenham cargas de discriminação e preconceito, responsabilizando o autor da conduta civil e criminalmente, tudo, no intuito de estruturar o Estado e a sociedade, criando uma consciência de equidade, proporcionando ao indivíduo, sem qualquer caráter diferenciador segurança jurídica.

Assim, o princípio da igualdade possui suprema importância para que a sociedade possa conhecer e se defender-se de possíveis arbitrariedades cometidas pelo poder público, pois os preceitos fundamentais surgem não apenas como forma de pensar, mas como um resultado “da convergência dos vetores conflitantes que surgem à medida que a sociedade

começou a questionar os dogmas impostos pelos detentores dos poderes” (D’ANGELO, 2010, p. 95), sendo certo que os preceitos fundamentais abarcam regras e princípios, e no que tange ao princípio da igualdade, o autor ao citar Joaquim B. Barbosa Gomes, expôs que:

O princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis” (D’ANGELO, 2010, p. 99).

O princípio da igualdade exige uma atuação concreta do indivíduo, devendo sair do campo da imaginação para o campo da concretude, buscando todos os meios capazes de efetivar o cumprimento do direito. Neste diapasão, preleciona Joaquim B. Barbosa Gomes, verbis:

“Paulatinamente, porém, a concepção de uma igualdade puramente formal, assente ao princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições” (D’ANGELO, 2010, pp. 99 e 100).

As diretrizes traçadas pautadas no princípio da igualdade são utilizadas com intuito de tentar estancar os efeitos maléficos perante a lei e à realidade social, dando importância ao princípio, com intuito de abolir a marginalização, enfrentando o preconceito com objetivo precípuo de mitigar as injustiças.

Conforme narra Celso Antonio Bandeira Melo<sup>28</sup> “a lei de ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”. (D’ANGELO, 2010, p. 114).

---

<sup>28</sup> In “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, 3ª edição, 6ª tiragem, Editora Malheiros, São Paulo, 1999, p. 18).

O princípio da dignidade da pessoa humana revela-se como sendo um preceito fundamental, que serve de norte para o sistema jurídico, dando a Constituição Federal enfoque em seu preâmbulo ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao assegurar ao indivíduo o direito à igualdade, à liberdade, segurança, bem-estar e à justiça.

Conceitua-se dignidade da pessoa humana como sendo a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito, consideração, tratamento igualitário, seja por parte do Estado ou da sociedade, implicando em um conjunto de direitos e deveres que assegurem ao indivíduo qualquer tratamento degradante e desumano. Resguardando a amplitude do princípio a garantia de condições existenciais mínimas para uma vida saudável, feliz e promissora.

Nessa linha, compreende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, tem como essência a ideia de que o indivíduo não pode ser visto como instrumento, coisa ou descarte em virtude dos caracteres individuais que lhes foram concedidos e, diante disso evidencia-se que, a relação entre dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, devendo ser reconhecido o valor da pessoa humana e não sua opção sexual.

Com efeito o princípio assegura à cada indivíduo o direito de exercer livremente sua personalidade, partilhando cotidianamente parcerias estáveis e duradouras seja com pessoas do mesmo sexo ou de sexo oposto, devendo ser considerado primordial não a orientação sexual mas a existência humana.

Nos votos proferidos pelos ministros, não fora poupado em suas argumentações as aferições ao livre direito de orientação sexual e a vedação de discriminação ou preconceito, justificando suas fundamentações no fato de que, deve o intérprete ao analisar a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana de forma ampla.

Nessa toada, a doutrina tem se assentado no fato de que o intérprete ao analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, não pode esquecer a dignidade da parte, uma vez que isso implicaria em:

- a) esquecer seu semelhante enquanto destinatário das aplicações que se façam de sua interpretação; b) esquecer-se a si mesmo enquanto parte que interpreta e parte a que porventura se façam aplicáveis as interpretações que outros sujeitos cognoscentes realizem ou a própria interpretação que aquele intérprete mesmo haja realizado; c) desconhecer que a parte e todo são conceitos que não se contrapõem, mas, pelo contrário, se completam reciprocamente (FALCAO, 2010, 218 e 219).



No estudo do julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, baseou-se a decisão primordialmente, no direito fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo pois, necessária a análise levantada pelos votos e a doutrina dos magistérios. Haja vista estar o estudo inserido no contexto da pesquisa sobre hermenêutica jurídica e direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana não é considerado apenas fundamento, mas preceito fundamental, sendo que José Afonso da Silva<sup>29</sup>, ao descrever sobre o assunto asseverou que:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira ], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade á direitos sociais, ou invocá-la para construir’ teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (D’ANGELO, 2010, p. 91).

De modo que, nas atuais decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se das mais diversas formas, com o fim de justificar a opinião pessoal, sem considerar no entanto a Constituição Federal como um todo, mas isoladamente.

O princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família, significa a igualdade das entidades familiares, independentemente de sua composição, sendo vedado aplicação de tratamento diferenciado aos diversos tipos de constituição familiar. No que se refere a igualdade e liberdade, foram reconhecidos como princípios fundamentais, garantindo

---

<sup>29</sup> In “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 15ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 109).

o respeito à dignidade da pessoa humana, tendo como finalidade assegurar a liberdade, coordenando, organizando e limitando as liberdades individuais.

Atualmente, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, visa a demonstrar que todo indivíduo possui valor intrínseco que é a dignidade, não sendo criação constituição mas preexistente à própria pessoa humana, e por isso, a Constituição Federal reconhece a sua eminência, transformando-a em um valor supremo da ordem jurídica.

A Constituição Federal denota importância ao princípio e disciplina expressamente a sua importância no inciso III, do artigo 1º, tendo-o como núcleo da vida, igualdade e liberdade, constituindo pois valor unificador de todos os direitos fundamentais, legitimando os direitos fundamentais implícitos, assumindo papel relevante no âmbito dos direitos fundamentais.

Na atual quadra que vivenciamos, não se aceita que o indivíduo seja tratado como objeto ou ainda de forma que se evidencie uma negação da importância distintiva de cada indivíduo, devendo o ordenamento jurídico possibilitar ao ser humano o exercício de suas atividades cotidianas com dignidade, pois este fundamento é consagrado como alicerce da ordem jurídica democrática e surgiu com a finalidade de impedir a prática de atos desumanos.

Induvidosamente, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser reconhecido como prerrogativa do indivíduo que tem positivamente resguardado o dever de ser respeitado como pessoa, diante do parâmetro valorativo que tem a função de impedir a degradação do indivíduo, propiciando a garantia de uma existência mínima, não bastando apenas a existência da previsão legislativa mas, principalmente, necessário se faz que o Estado desenvolva políticas públicas ativas que efetivem o cumprimento.

O princípio da dignidade da pessoa humana está radicado na base de todas as pretensões essenciais, pois todos os demais direitos fundamentais estão conexos ao princípio da dignidade da pessoa humana que atua como elemento original dos direitos e garantias fundamentais, servindo de parâmetro para aplicação e interpretação do ordenamento jurídico, isto porque, o reconhecimento e a proteção do indivíduo, respeito à privacidade, à intimidade, à honra, à imagem e outras mais, encontram-se vinculadas à dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático como garantidor dos direitos fundamentais deve ter em seu núcleo de atuação a dignidade da pessoa humana e os intérpretes das normas constitucionais

que tratam do princípio não devem invocá-lo de forma irresponsável ou arbitrária pois, ensejaria na desvalorização do princípio, devendo o intérprete ter conhecimento do conteúdo e do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, realizando a interpretação de forma fundamentada gerando um cenário de segurança jurídica que é um dos propósitos do princípio.

#### **2.4.2 Liberdade e autonomia da vontade**

O magno princípio da liberdade, nos termos do texto constitucional, é alicerce de sustentação da sociedade e ao compulsar as garantias e os direitos fundamentais, necessariamente depara-se com preceitos assecuratórios para o exercício de liberdade, buscando o desenvolvimento da personalidade humana.

Assim, não se permite que o Poder Público intervenha nas liberdades protegidas pelas normas constitucionais ou infraconstitucionais, pois a liberdade pode ser expressa de diversas maneiras, dependendo do momento histórico-social a ser analisado, sendo que, o exercício de liberdade depende de limitações, que servem como medidas de impedir abusos e arbitrariedades, principalmente, evidenciadas quando o indivíduo detém poder.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito não pode desrespeitar seus princípios, eis que os princípios são responsáveis pela coerência e unidade do sistema jurídico, tendo a onipotência do Estado limites, devendo as normas constitucionais adequar-se aos princípios e garantias para o fim de promover ao indivíduo a privacidade e intimidade, bem como a realização de suas propinas escolhas.

Partindo da premissa do campo específico da homossexualidade, o princípio da liberdade encontra-se presente, pois todo indivíduo possui prerrogativa de escolher o seu companheiro independentemente do sexo, assim como o tipo de entidade familiar que desejar constituir, isto porque, a liberdade de escolha é inerente ao ser humano e, conseqüentemente, possibilita a eleição do companheiro independente da orientação sexual, constatando-se na sociedade atual que se a escolha do companheiro é do sexo oposto, não há repúdio social, entretanto, se a eleição se dá por companheiro do mesmo sexo evidencia-se a discriminação em função da orientação sexual.

As discussões giram em torno de que os direitos fundamentais não são direitos de todos, mas de cada indivíduo e, portanto, a liberdade é condição de todos não possibilitando a interferência do Estado na vida afetiva do indivíduo ou ainda sobre a sua orientação sexual, pois a liberdade é autonomia individual a ser protegida contra atividade estatal, não havendo restrição da liberdade, mas apenas delimitações de seus contornos. (SILVA, 2010, pp. 134 e 137).

Nessa premissa, compulsando as garantias e os direitos fundamentais, depara-se com preceitos assecuratórios para o exercício da liberdade, que estão constitucionalmente reconhecidas, e havendo qualquer ato atentatório ao exercício de liberdade, desaguará, na concretização de descumprimento de preceitos fundamentais, sendo a liberdade um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, entretanto, deve ser ressaltado que, o exercício de liberdade não pode ser confundido com reconhecimento de forma desvirtuada das normas constitucionais ou ainda, confrontante com regras e princípios constitucionais.

A liberdade estabelece diretrizes nas quais, sem censura pode-se manifestar sua opinião e desejos, buscar direitos e garantias constitucionais, pois o princípio da liberdade abarca a possibilidade de lutar pelo seu espaço manifestando seus interesses, decidindo por si próprio pois a ninguém é dado o poder da verdade absoluta.

Nesse sentido, a liberdade é um instrumento eficaz da democracia, que possibilita conter abusos e defender seus direitos fundamentais considerados prioridade no âmbito da sociedade, pois na medida em que se protege o direito individual de liberdade, defende-se a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que destoante ou afrontosa ao pensamento da maioria.

Para tornar realidade a garantia do princípio de liberdade, necessário é que o Estado fomente meios para que o exercício do direito à liberdade, oferecendo os meios necessários para que sua aplicação seja real e não apenas ficção jurídica, sendo primordial que o Estado dê enfoque à importância do direito fundamental da liberdade, bem como as limitações de seu exercício, pois, a Constituição Federal estabelece regra e concomitantemente dita exceções, isso porque a liberdade demanda responsabilidade.

Ademais, as restrições constitucionais aos direitos fundamentais são fundamentadas na premissa de que nenhum direito fundamental é absoluto, o que possibilita minorar um direito fundamental para salvaguardar outro, com intuito de proteger a sociedade

contra os abusos no exercício do direito, pois a regra é a liberdade ampla para o exercício do direito, sendo que a restrição é exceção.

Conclui-se que a liberdade é um dos pilares do estado democrático de direito, pois propicia que todos usufruam de seus direitos, entretanto, esses direitos são limitados para que não haja abusos e afronta aos direitos de liberdade de outrem, intimidando a arbitrariedade estatal, pois a defesa do direito fundamental de liberdade é considerada prioridade no âmbito da sociedade, tendo o Estado o dever de propiciar os meios para que o exercício do direito à liberdade seja aplicado, resguardando, contudo, pelo respeito aos demais direitos fundamentais que são conexos.

O princípio da autonomia da vontade cujas limitações encontram-se na ordem jurídica, não pode ser exercido com prejuízo aos direitos e garantias de outros indivíduos, isto porque, a autonomia de vontade não outorga ao indivíduo, a faculdade de violar ou ignorar as restrições impostas pela Constituição Federal, cuja eficácia e força normativa igualmente se impõem, em sede de liberdades fundamentais.

O princípio da autonomia da vontade se alicerça na ampla liberdade de disciplinar os seus interesses tutelados pela ordem pública, tendo a faculdade de dispor de sua vontade sem qualquer interferência do Estado, servindo como fundamento para suprir as necessidades e interesses do indivíduo.

É cediço que a autonomia da vontade é princípio fundamental tutelado constitucionalmente, cujas premissas de liberdade (CF. art. 5º caput), livre iniciativa (CF, art. 1º, IV, e art. 170, caput), proteção da família e da união estável (CF, art. 226, caput, §§), encontram poder geral de autodeterminação e autovinculação das pessoas, tutelado pela Constituição Federal. (SILVA, 2010, p. 28).

De modo que, a autonomia da vontade é a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências, o que possibilita o reconhecimento de um direito individual, que se traduz pela efetividade de sua vontade, desde que não prejudique os interesses de outros indivíduos, agindo de forma responsável precipuamente, quando envolvem e interferem na liberdade e autonomia de outrem.

A compreensão desse paradigma, evidencia o valor da autonomia de escolha, sendo esta inestimável, visto que, diversos direitos fundamentais decorrem diretamente desse princípio, tendo a proteção da autonomia da vontade, finalidade de outorgar ao indivíduo

direito de auto-determinação, realizando escolhas que digam respeito à sua vida, devendo observar a validade do ato, o qual se concretiza ao analisar se a decisão tomada não prejudica o indivíduo ou terceiro, possibilitando ao Estado, apenas desenvolver mecanismos para que o indivíduo tenha conhecimento da consequência do seu ato, entretanto, é vedado que haja interferência na sua escolha, precipuamente quando a decisão não afrontar direito de outro indivíduo.

A preocupação se cinge no fato de que não haja discriminação de qualquer natureza e possa o indivíduo gozar do princípio da autonomia da vontade, permitindo tratamento jurídico igualitário. O que não se admite é que o silêncio legal possa significar inexistência de direito” (DIAS, 2011, p. 81).

Luis Roberto Barroso<sup>30</sup>, ao dispor sobre a autonomia da vontade, asseverou que:

A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado À razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. Por trás da idéia de autonomia está a de pessoa, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável. (BARROSO, 2011, p. 117).

---

<sup>30</sup> Revista Latino Americana de estudos constitucionais, Ano 10, nº 12 (Nov. 2011), Fortaleza : Edições Demócrito Rocha, p. 117.

### 3 - O PROCESSO E O JULGAMENTO DA ADIN N. 4.277

O presente capítulo visa a analisar os votos dos ministros e as manifestações dos requerentes, requeridos, *amici curiae*, da Procuradoria Geral da República - PGR e da Advocacia Geral da União - AGU, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, com o objetivo de apresentar os principais fundamentos normativos e argumentos jurídicos deduzidos pelos ministros e participantes do julgado.

#### 3.1 O caso submetido ao Tribunal

O Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, interpôs no dia 25 de fevereiro de 2008, perante o Supremo Tribunal Federal, pedido de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 132, que indicou como objetivo a declaração da obrigatoriedade do reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que fossem atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, estendendo os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, indicou como direitos fundamentais violados, o direito à isonomia, à liberdade, desdobrado na autonomia da vontade, o princípio da segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana.

A questão posta em discussão buscou a aplicação analógica do artigo 1723 do Código Civil<sup>31</sup> às uniões homoafetivas, baseando-se na denominada "interpretação conforme" a Constituição Federal, pleiteando o requerente nas exposições iniciais que o Supremo Tribunal Federal interpretou conforme a Constituição, o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro e, conseqüentemente, declarasse afrontado os direitos fundamentais, as decisões judiciais que julgarem improcedentes os pedidos de equiparação jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis.

---

<sup>31</sup> **Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A Procuradoria-Geral da República, com fundamento no artigo 102, §1º da Constituição Federal<sup>32</sup>, protocolizou no dia 02 de julho de 2009, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178, a qual fora recebida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, que objetivava a declaração de obrigatoriedade do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, nos termos e obrigações legais, donde deveria estar presentes os mesmos requisitos necessários para o reconhecimento da união estável entre homem e mulher e, consequentemente, que fossem concedidos aos companheiros homossexuais os mesmos deveres e direitos da união estável, visando pois ao reconhecimento entre duas pessoas de mesmo sexo como entidade familiar, consubstanciada pelos mesmos elementos da união estável entre homem e mulher.

No dia 05 de maio de 2011, iniciou-se o julgamento conjunto das duas ações, tendo a decisão sido proferida com votação de dez ministros, os quais analisando o pedido posto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, manifestaram pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, aplicando o mesmo regime da união estável entre homem e mulher, inserta no artigo 1.723 do Código Civil, tendo, em síntese, os votos na maioria, baseado sua fundamentação na “interpretação conforme à Constituição”, assegurando eficácia ao reconhecimento das uniões homoafetivas, aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulamentada pelo artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, desde que preenchidos os requisitos obrigatórios às relações heteroafetivas.

As manifestações dos ministros apesar de reconhecerem, à unanimidade, a relação homoafetiva como entidade familiar, foram prolatadas em alguns votos, com fundamentação e argumentações distintas do voto do relator, ministro Ayres Britto, divergindo em suas exposições, pois, ora apontam que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homoafetiva, mas sim, união homoafetiva estável, ora que a lacuna legislativa deveria ser suprida, de forma análoga, utilizando-se-lhe o princípio mais aproximado, e ainda entendendo outros ministros que, deveria ser aplicado o regime da união estável de forma extensiva.

---

<sup>32</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.



Nessa perspectiva, a ação proposta perante o Supremo Tribunal Federal, postula que seja declarado o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, devendo ser aplicado os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis entre uniões heterossexuais.

A ação proposta pela Procuradora-Geral da República, através da procuradora Deborah Duprat, propôs inicialmente uma Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental - ADPF, distribuída sob o n. 178, entretanto, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, aplicou o princípio da fungibilidade processual, determinando fosse a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, reautuada como Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual fora distribuída sob o n. 4.277, por entender que, encampado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 os fundamentos postos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida “interpretação conforme” dos incisos II e V do artigo 19 e do artigo 33 do Decreto-Lei n. 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro.

Em decorrência dessas argumentações, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, conheceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade, visto que, o objeto consiste em submeter o artigo 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição”, situação esta que vem reprisado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, do Distrito Federal, tudo, por estar demonstrado a impossibilidade de se conhecer como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pela existência de outro meio eficaz, que preenche os pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade, satisfazendo o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade.

De sorte que, reconhecendo a identidade entre os pedidos postos na ADPF n. 132 e na ADIN n. 4.277, recebeu a ADPF n. 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade, apreciando-lhe, portanto, o pedido subsidiário de interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição.

De maneira que, os pedidos analisados tem por objeto, decisões judiciais que julgam improcedentes os pedidos decorrentes da união estável entre pessoas do mesmo sexo, entendem os peticionantes haver interpretação discriminatória, buscando nas argumentações postas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, “interpretação conforme a

Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, para o fim de que seja interpretado de modo a aplicar o regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas.

### 3.2 As manifestações dos requerentes

A tese sustentada pelos requerentes fora fundamentada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal<sup>33</sup> que tem a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da Constituição; o artigo 3º, inciso IV<sup>34</sup>, que estabelece como objetivo precípua da Constituição Federal, a promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminação, bem como, baseia-se no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e inciso VI<sup>35</sup>, que estabelece isonomia para todos perante a lei.

O pedido foi protocolizado no dia 02 de julho de 2009, pela Procuradora-Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, tendo inicialmente o pedido pautado-se nos fundamentos de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF e que ao ser analisada, levando-se em consideração o princípio da fungibilidade processual, determinou o Presidente da Suprema Corte, àquela época, ministro Gilmar Mendes, que fosse o pedido reatuado como Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn, tendo sido a determinação atendida reatuando a ADIn sob o n. 4.277.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, protocolizada em 27 de fevereiro de 2008, pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, sob o n. 132, discorria sobre a questão dos direitos dos homossexuais, sob a ótica de que, as decisões judiciais que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis, discrimina a legislação estadual e a legislação federal. E, considerando encontrar-se a ADIn n. 4277 mais abrangente que a ADPF n. 132, a decisão fora prolatada conjuntamente.

---

<sup>33</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>34</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

<sup>35</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Na ADIn n. 4.277 os pedidos pautaram-se para que fosse declarado a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e declarasse que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo (ADIN n. 4.277 p. 02). E, na ADPF n. 132, solicitou-se uma que o pedido fosse julgado procedente para o fim de dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, com o objetivo de que esse dispositivo seja interpretado à luz do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, possibilitando a aplicação o mesmo regime jurídico da união estável das uniões heteroafetivas às homoafetivas.

De maneira que, os pedidos pautaram-se nas normas constitucionais insertas no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (princípio da dignidade da pessoa humana), artigo 5º *caput*, (princípios da liberdade, da igualdade e da segurança), artigo 3º, inciso IV (princípio da proibição das discriminações e dos preconceitos odiosos), artigo 5º, incisos VI e VIII, bem como artigo 19, inciso I, os quais tratam do princípio da laicidade estatal e, no artigo 266, §3º que expõe sobre o princípio do reconhecimento como entidade familiar das uniões estáveis.

A petição inicial fora instruída com fotocópia da representação solicitada pelo Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, acompanhado dos pareceres proferidos pelos professores Titulares do Direito Civil e Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Gustavo Tepedino e Luis Roberto Barroso, respectivamente, bem como, com fotocópias de decisões judiciais que entendeu o requerente ter sido violado os preceitos fundamentais, qual seja, o artigo 1.723 do Código Civil que trata das relações que ensejam a união estável e a considera como entidade familiar.

Corroborando com as assertivas do pedido vespéral, fundamenta o requerente expondo sobre as disposições dos artigos 2º, § 1º e 26, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, reconhecido através de Decreto Presidencial n. 592, no dia 07 de julho de 1992, o qual estabelece que o: “ direito à igualdade ao proibir por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

O cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, pautou-se na disposição prevista no artigo 102, §1º da Constituição Federal, regulamentada pela Lei n. 9.882/1999, que reza sobre os atos omissivos ou comissivos dos Poderes Públicos

que resultem em ameaça ou lesão as regras e princípios relevantes do sistema constitucional, e demonstra que para o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, necessário se faz a demonstração do preenchimento dos seguintes elementos: a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental; b) causada por ato comissivo ou omissivo dos Poderes Públicos e, c) não haja outro instrumento apto a sanar a lesão ou ameaça, entendendo o autor que os requisitos para recebimento e cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, encontram-se preenchidos e demonstrados no pedido pois, no que se refere à lesão a preceito fundamental, discorre que as argumentações da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a vedação ao reconhecimento da união homoafetiva, viola os princípios constitucionais insertos no artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana, artigo 3º, inciso IV (proibição de discriminações odiosas, artigo 5º, caput (igualdade, liberdade e segurança jurídica).

Quanto a atos do Poder Público, argumenta que:

No caso presente, a conduta do Estado violadora de preceitos fundamentais envolve tanto atos comissivos como omissivos, relacionados ao não-reconhecimento público da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e à consequente denegação aos seus partícipes de uma pletora de direitos que decorreriam deste status –e.g., direito a alimentos, direito a sucessão do parceiro falecido, direito a percepção de benefícios previdenciários, direito a fazer declaração conjunta de Imposto de Renda, direito de subrogar-se no contrato de locação residencial do companheiro falecido, ou de prosseguir no contrato no caso de dissolução da união, direito à visitação íntima em presídios, direito à obtenção de licença para tratamento de pessoa da família, ou licença em caso de morte, do companheiro ou companheira, dentre outros.

Estes atos envolvem todos os poderes do Estado, nas três esferas da Federação, no âmbito das respectivas competências. Seria possível citar, a título de ilustração, as decisões judiciais de diversos Tribunais, que se negam a reconhecer como entidades familiares as referidas uniões, e os atos das administrações públicas que não concedem benefícios previdenciários estatutários aos companheiros dos servidores falecidos. (ADIN n º 4.277, p. 08).

E, complementa que, demonstrado está a inexistência de outro meio para sanar a lesividade, encontrando-se pois, comprovados a violação dos preceitos fundamentais e a

ofensa à proibição de discriminação e ao Princípio da Igualdade, anexando o autor decisões judiciais, inclusive de Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, no sentido do reconhecimento das relações que envolvem os homossexuais.

Sustenta-se o autor ao defender a questão, argumentando que diversos autores expõem em suas obras o conceito de direito, pautando-se nas assertivas de Robert Alexy, que assevera sobre a igualdade afirmando que: “se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual... como se tem observado reiteradamente, a máxima general de igualdade estabelece assim a carga de argumentação para os tratamentos desiguais” (ALEXY, 1993, pp. 395-936). (ADIN n. 4.277, p. 15).

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, o Procurador-Geral da República expôs que, o poder público, que nega a proteção ao reconhecimento das uniões homoafetivas viola os preceitos fundamentais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, sustentando ainda que, as normativas do direito devem possibilitar a transformação e emancipação, direcionando para que se efetive uma sociedade livre e justa.

E baseia suas argumentações em Ronald Dworkin, que tratando das questões que envolvem o direito, assevera que deve o direito direcionar-se a garantir não a moralidade positiva, mas a crítica, possibilitando uma análise crítica baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assevera pois, buscando fundamentar as alegações diante das premissas levantadas, a possibilidade jurídica do reconhecimento das relações homoafetivas como instituto da relação familiar, bem como, garantindo que as consequências jurídicas decorrentes do reconhecimento sejam aplicadas quer às relações hetero, quer às relações homoafetivas, inexistindo agressão aos direitos fundamentais ou violação de direitos e deveres dos indivíduos, devendo, pois, ser garantido a defesa da essência do gênero humano, possibilitando àqueles que possuem orientação sexual homoafetiva uma vida plena.

Como fundamento das assertivas, o autor anexou representação do Grupo de Trabalho dos Direitos Sexuais e reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, conjuntamente com a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo, IDENTIDADE – Grupo de Ação Pela Cidadania Homossexual e CORSA – Cidadania, Orgulho, Respeito, Solidariedade e Amor, visando a demonstrar respaldo de opinião pública

sobre o tema e fundamentar o pedido posta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A documentação acostada pela requerente traz, opinião do Instituto de Direito Civil – IDC, na pessoa do Professor Gustavo Tepedino, discorrendo sobre três eixos temáticos, divididos nos seguintes termos:

- “1. Relações familiares na legalidade constitucional. Pluralidade de modelos e pressupostos para sua configuração. A interpretação do art. 226 da Constituição da República. A indicação meramente exemplificativa das entidades familiares. Inconstitucionalidade da interpretação reduzida do art. 1723 do Código Civil Brasileiro.
  2. A funcionalização das entidades familiares aos princípios constitucionais da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Entidades familiares de fato e critérios para o seu merecimento de tutela. Liberdade para a constituição de entidades familiares e liberdade de orientação sexual. Uniões de pessoas do mesmo sexo.
  3. A interpretação necessária do art. 1723 à luz da ordem pública constitucional. Estatuto jurídico da entidade formada por pessoas do mesmo sexo; igualdade da união estável no que concerne às relações existenciais e patrimoniais entre os companheiros, bem como ao seu regime sucessório”.
- (ADIn n. 4277, pp. 165 e 166)

E, ao final das suas exposições, após mencionar obras, autores e jurisprudências sobre a questão, conclui afirmando que:

...a regulamentação das entidades familiares assim constituídas, formada por casais do mesmo sexo, se submeterá à igualdade de tratamento em face da união entre homem e mulher, especificamente no que concerne às relações entre os conviventes – existenciais, patrimoniais e sucessórias -, já que seu reconhecimento decorre de isonomia constitucional. (ADIn n. 4277, p. 198 e 199).

E acrescenta, com intuito de corroborar com suas alegações, parecer de Luis Roberto Barroso que analisando a questão, tratando do reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, concluiu com as seguintes ponderações:

“A. As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo

mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.

B. A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.

C. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.

D. Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e liberdade no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da segurança jurídica, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.

E. Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer – isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada – ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.

F. Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito.” (ADIn n. 4277, pp. 162 e 163)

Com base em tais considerações, a requerente anexou diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, os quais reconheceram a dissolução de sociedade de fato entre

homossexuais (REsp n. 502.995-RN), partilha de bens (REsp n. 648.763- RS), pensão para sobrevivente na demonstração de mútua cooperação, equiparando a relação homoafetiva à família e à união estável (Apelação n. 2.0000.00.503767-2/0000 - TJMG), dissolução da sociedade de fato e indenização por danos morais (Apelação n. 2.0000.00.309092-0 – TJMG), reconhecimento de união estável à pessoas do mesmo sexo (Apelação Cível n. 2007.001.44569 – TJRJ), habilitação pensão previdenciária (Apelação Cível n. 59.677/2006 TJRJ) e decisões outras no mesmo sentido do Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina (Apelação Cível n. 2006.016597-1; Agravo de Instrumento n. 2007.024239-3); Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Agravo de Instrumento n. 318.491-2); Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios (Agravo de Instrumento n. 2003.00.2.00.9821-1; Conflito de Competência n. 2007.00.2.010432-3).

Os fundamentos utilizados pelos requerentes, pautaram-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF); os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da segurança (artigo 5º, caput, Constituição Federal; o princípio constitucional da proibição das discriminações e dos preconceitos odiosos (artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal; d) o princípio constitucional da laicidade estatal (artigos 5º, incisos VI e VIII; e artigo 19, inciso I, da Constituição Federal; e no princípio constitucional do reconhecimento como entidade familiar das uniões estáveis (artigo 226, § 3º, Constituição Federal).

De jeito que, os fatos, valores sociais, precedentes jurisprudenciais e o texto constitucional, nas argumentações dos requerentes, autorizam o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, nos mesmos termos das situações fáticas que envolvem as relações heterossexuais, possuindo as mesmas consequências jurídicas

Conclui o requerentes, em síntese pleiteando que, diante da presença dos pressupostos jurídicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, deve o pedido ser julgado procedente, declarando o reconhecimento como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos elementos caracterizadores da constituição da união estável entre homem e mulher, estendendo-se àqueles companheiros que comungam da convivência estável, entretanto, estavam impedidos por resguardar a legislação garantia de direito ao reconhecimento da união estável apenas ao homem e mulher (ADIN n. 4.277, p. 46).



### 3.3 As manifestações dos requeridos

Analisando o processo, constata-se que, além dos autores, Procuradoria-Geral da República e Governo do Estado do Rio de Janeiro, há manifestações da Advocacia-Geral da União, encaminhando informações, elaboradas pelo Dr. Rogério Marcos de Jesus Santos, que expõe sobre os fundamentos da impugnação elencando os pedidos a questão fática, a mora e o direito, a abordagem constitucional do tema, o papel dos princípios na interpretação constitucional, a boa fé e pré-compreensão na interpretação constitucional, a necessidade de interpretação sistemática e teleológica do artigo 226, §6º da Constituição Federal, a aplicabilidade direta das normas constitucionais, os direitos fundamentais violados, direito a privacidade, igualdade, concluindo que “... será inconstitucional interpretação que negue às pessoas do mesmo sexo o direito ao reconhecimento da união estável” (ADIn n. 4277, p. 392).

No tocante à questão fática, no mérito, asseverou a Advocacia Geral da União, representando o requerido Presidente da República, que, a união entre pessoas do mesmo sexo é fato incontroverso, salientando a existência de visões diferentes sobre a questão da união, entendendo ser obstáculo jurídico o disposto no artigo 226, §3º da Constituição Federal, o qual é reproduzido no artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro (ADIN n. 4.277, p. 358).

Retrata a questão da moral e do direito, buscando em James Rachels, em sua obra *Filosofia da Moral*, linha de raciocínio para embasar suas argumentações (ADIN n. 4.277, p. 359), bem como outros autores e obras, para ao final, concluir que a homossexualidade deve ser respeitada, entretanto, não devem servir como parâmetros para uma razão pública (ADIN n. 4.277, p. 363).

Abordando sobre a questão jurídico-constitucional da homoafetividade entendeu estar o tema relacionado diretamente à situações relevantes do direito constitucional, dentre eles: a) o papel das normas constitucionais no ordenamento jurídico; b) o papel da jurisdição constitucional do regime democrático de direito; c) via de consequência desde último, a garantia dos direitos fundamentais das minorias” (ADIN n. 4.277, p. 363).

No exame do caso, expõe ainda sobre o papel dos princípios na interpretação constitucional, a boa-fé e pré compreensão na interpretação constitucional, a necessidade de interpretação sistemática, a aplicabilidade direta das normas constitucionais, os direitos fundamentais violados, à privacidade e à igualdade.

Apresenta, como fonte de suas argumentações, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decorrente do julgamento da ADIn 3.300, de relatoria do Ministro Celso Melo<sup>36</sup>, que em decorrência da impossibilidade jurídica da discussão quanto ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, extingue o processo.

E, diante das exposições realizadas nas informações, concluí que o entendimento do requerido é demonstrar que será “inconstitucional interpretação que negue às pessoas do mesmo sexo o direito ao reconhecimento da união estável” (ADIN n. 4.277, p. 392).

A Câmara dos Deputados, instada a se manifestar, na ADIn n. 4.277, em meia lauda, proferiu a seguinte manifestação à fl. 395: “A presente Ação Direta, proposta originalmente como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, objetiva, em resumo, interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, buscando o reconhecimento judicial da união homoafetiva, motivo pelo qual, em face do disposto no art. 103, §3º, da Constituição Federal, não há o que esta presidência informar”. (ADIn n. 4.277, p. 395).

O Senado Federal, de igual forma, instado a se manifestar através de Ofício n. 1151/P, conforme certidão de fl. 396, deixou correr *in albis* o prazo de prestar informações.

Abrindo-se-lhe vistas para a Advocacia Geral da União, manifestou-se nos termos do artigo 103, §3º da Constituição Federal, bem como na Lei n. 9.868/1999, quanto ao mérito, pela procedência, pois, afigura necessário o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, a fim de que aos participantes da união homoafetiva sejam assegurados os mesmos direitos e deveres dos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis. (ADIn n. 4277, p. 413).

E complementa que, a manifestação funda-se na necessidade de que seja “conferida interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, de forma a contemplar, no conceito de entidade familiar, a união estável entre pessoas do mesmo sexo,

---

<sup>36</sup> ADIn n. 3.300 do STF: “Ementa: União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Pretendida qualificação de tais uniões como entidades familiares. Doutrina. Alegada inconstitucionalidade do art. 1º da lei n. 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do art. 1.723 do novo Código Civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (CF, art. 226, § 3º, no caso). Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar: Matéria a ser veiculada em sede de ADPF.

desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher”. (ADIn n. 4277, p. 418).

Com base em tais considerações, o Advogado-Geral da União, discorre sobre as uniões homoafetivas como família, enfocando que, a doutrina<sup>37</sup> já firmou que,

A família existe para a satisfação de seus membros e como materialização de uma situação compartilhada por pessoas que vivem juntas, trocando experiências e partilhando de vida em comum. Há a opção pessoa de cada um de unir e partilhar de sentimentos comuns. (THOMAZ, 2003, p. 97). (ADIN n. 4.277, p. 407)

Com efeito, traz diversas considerações doutrinárias sobre a questão posta, bem como manifestações jurisprudenciais, no âmbito dos Tribunais Superiores (pp. 413-416), e em suas ilações manifesta-se pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O Senado Federal, em atendimento a solicitação constante no Ofício 1151/P, datado de 28 de julho de 2009, sobre informações elaboradas pela Advocacia do Senado, manifestou prestando informações ao Supremo Tribunal Federal (pp. 628-633) para fins de instrução da Ação Direta de Inconstitucionalidade em arguição ao artigo 1.723 do Código Civil por suposta discriminação de homossexuais para fins de constituir em unidade familiar, citando os artigos 1.723 do Código Civil e artigo 226 da Constituição Federal, para ao final, manifestar pela inexistência de identidade de matéria, pois entende que a união homoafetiva não encontra respaldo legal ou previsão no ordenamento jurídico (ADIN n. 4.277, p. 632).

E, em conclusão manifesta-se pela improcedência do pedido, pois entende que:

... não há inconstitucionalidade no art. 1723 do Código Civil, ao estabelecer como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, conceito recolhido do §3º do art. 223 da própria Constituição que, quando se trata de dispositivos originais, não derivados, não pode legislar contra si mesmo para ofender princípios constitucionais amplos, devendo a união homoafetiva, enquanto não dispuser o legislador a fixá-la como entidade própria, distinta da familiar, ainda que objeto de igual proteção do Estado, continuar recebendo tratamento analógico aplicável a cada caso concreto, até onde

---

<sup>37</sup> THOMAZ, Thiago Hauptmann Boreli, União homossexual – reflexões jurídicas,. Revista dos Tribunais – Ano 92 – Volume 807 – janeiro de 2003, São Paulo: RT, 2003, p. 97

exista identidade de matéria, com a união estável heterossexual.” (ADIn n. 4.277, pp. 632 e 633).

### 3.4 As manifestações dos “*amici curiae*” e do magistério doutrinário

A intervenção do *amicus curiae*, nas palavras do Ministro Celso Mello ao proferir seu voto asseverou que,

“é fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do STF – Com a efetiva atuação das partes e, ainda, com a intervenção de diversas entidades e instituições representativas da sociedade civil, pluralizou-se o debate constitucional em torno da matéria ora em julgamento (ADI 2.321-MC/DF; rel. Min. Celso de Mello, v.g.) e permitiu que o STF dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, viabilizando-se, com tal Abertura procedimental, a superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática emendas desta Corte. (ADIN n. 4277, pp. 823-824).

Na discussão, participaram “*amici curiae*” interessados no julgamento do Feito, sendo que, de forma conjunta, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, e, Cidadania, Orgulho, Respeito, Solidariedade e Amor – CORSA, dispuseram sobre a violação de direitos por orientação sexual trazendo à lume doutrinas, as quais expunham que a Constituição Federal não veda a homossexualidade ou restringe a livre manifestação de sexualidade, invocando o artigo 5º, incisos VI e X.<sup>38</sup>

Com base em tais considerações, argumenta que a Constituição Federal “traz a igualdade como fator *sine qua non* para plena fruição dos direitos constitucionais” (ADIN n. 4.277, p. 435).

De acordo com os preceitos constitucionais e doutrinários, discorre ainda sobre reconhecimento e proteção dos casais homossexuais na Constituição Federal de 1988, do

---

<sup>38</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

direito comparado, buscando respaldo em situações análogas, na África do Sul e Colômbia, concluindo e requerendo as organizações manifestantes no papel de *amicus curiae* que

a) seja admitida a presente manifestação na qualidade de *amici curiae* nos autos da ADI 4277; b) seja permitida a sustentação oral dos argumentos em plenário, quando do julgamento da ação; c) na hipótese de não acolhimento dos pedidos anteriores, seja a presente petição e documentos recebidos como memoriais”, (ADIN n. 42.77, p.459).

A Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, iniciou suas argumentações apresentando a possibilidade de ingresso como *amicus curiae*, tratando através de doutrinas e pareceres da homossexualidade como livre manifestação da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade, asseverando a inexistência de opção sexual.

Em análise a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, apresenta a hierarquia axiológica dos princípios sobre as regras, expondo, sobre a família, conceituando materialmente, esclarecendo seus aspectos, afirmando que “não é apenas afeto puro e simples o elemento formador da família, mas o amor familiar” (ADIN n. 4.277, p. 788), bem como sobre a supressão do formalismo positivista pelo Direito Brasileiro e a Teoria Tridimensional do direito na visão de Miguel Reale.

Esclarece sobre a efetiva discriminação sofrida por casais homossexuais, decorrente do não reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, buscando apresentar suporte referente a isonomia, levantando diversas questões como a discriminação por orientação sexual e o conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à felicidade, respaldando os argumentos doutrinariamente.

Além disso, trata das questões que envolvem os princípios instrumentais da interpretação constitucional, quais sejam, princípios da unidade, máxima efetividade, concordância prática, proporcionalidade, interpretação conforme a Constituição, todos voltados à união homoafetiva.

E, à vista de tais considerações entende pela procedência parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no caso da aplicação da interpretação conforme, possibilitando o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, aplicando “interpretação conforme a Constituição” ao artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, trazendo à baila posicionamentos doutrinários, mencionando julgados diversos quer de Tribunais inferiores, quer das Cortes Superiores, colacionados, e manifestando na qualidade de *amicus curiae*, anexando pareceres

de Luis Roberto Barroso e representação de Daniel Sarmiento que entendem, “acerca do tema, no sentido da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva à luz de nossa Constituição Federal”. (ADIn n. 4.277, p. 638), corroborando às suas argumentações, manifestou-se nos seguintes termos:

“No presente caso, dada a tensão entre os dispositivos constitucionais da união estável e da isonomia, verificada a verdadeira lacuna constitucional no que tange à união estável homoafetiva, considerando a inexistência de motivação lógico-racional na negação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas (afronta à isonomia) e considerando que a união estável heteroafetiva não será prejudicada pela extensão de dito regime jurídico aos casais homoafetivos, então o princípio da unidade constitucional exige a extensão da união estável aos casais homoafetivos, seja pela interpretação extensiva, seja pela analogia (conforme se consideram as situações idênticas, idênticas no essencial).

Assim, é cabível a união estável homoafetiva pela interpretação extensiva ou pela analogia, visto ser a união homoafetiva idêntica ou, no mínimo, análoga à união estável heteroafetiva constitucionalmente reconhecida, visto serem ambas pautadas pelo amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, que é o elemento formador da família contemporânea (amor familiar”. (ADIN n. 4.277, pp. 644 e 645).

Por último, requer pela procedência parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade,

mediante atribuição da interpretação conforme à Constituição que reconheça a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, nos termos da peça exordial (c.f. tópico 4.2.3 da presente peça), como medida de absoluto respeito às normas constitucionais aplicáveis à espécie e, ainda como medida da mais lúdima JUSTIÇA. (ADIN n. 4.277, p. 897).

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, na condição de *amicus curiae* manifestou-se, quanto a possibilidade da intervenção e a relevância da matéria, tratando dos direitos fundamentais, iladindo pela “evidenciada inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil por não prever como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo

sexo”. (ADIN n. 4.277, p. 985). E complementa que: “Negar reconhecimento jurídico às uniões homoafetivas cerceia direitos e garantias fundamentais de seus membros e afronta a dignidade de quem tem o direito de amor”. (ADIn n. 4.277, p. 986).

E, para respaldar a conclusão manifesta o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, entendendo encontrar-se evidenciada a inconstitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, expondo sobre a relevância da matéria, alegando que, “em momento algum a constituição veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar” (ADIN n. 4.277, p. 974).

Proclama e discorre sobre os princípios fundamentais, enfatizando em sede doutrinária lição proferida pela ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha a qual ensina que:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente á vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. (ADIN 4.277, p. 980)<sup>39</sup>

Com base em tais considerações, conclui diante da evidenciada inconstitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, que por não haver previsão de reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar afasta garantias àqueles que vivenciam união homoafetiva, devendo o estado emprestar especial proteção à entidade, visto que, negar o reconhecimento jurídico às uniões estáveis homoafetivas, cerceia direito e garantias fundamentais aos seus indivíduos, afrontando a dignidade da pessoa humana e o direito de amor (ADIN. N. 4277, p. 935).

A Associação Eduardo Banks, de igual forma, apresentou manifestação na condição de *amicus curiae*, pleiteando após as exposições, que fosse o pedido inicial arquivado, “por absoluta impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do já decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nas ADI’s 815-3/DF e 997-4/RS”, bem como, pela “improcedência total da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, com base nos efeitos vinculantes (art. 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/99) dos Acórdãos do excelso Pretório nas

---

<sup>39</sup> ANTUNES ROCHA, Carmem Lucia. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: Anais do XXVI Conferência nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, conselho Federal, p. 72, v. I, 2000.

ADI's 815-3/DF<sup>40</sup> e 997-4/RS<sup>41</sup> (especialmente esta) e no disposto no artigo 226, §§ 3º e 5º da Constituição Federal". (ADIn n. 4.277, p. 1030).

Argumenta a constitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, trazendo julgados os quais demonstram encontrar obstaculada a tramitação da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pleiteando o arquivamento, diante do conflito com julgado revestido de efeito vinculante, apontando as ADI's 815-3/DF e 997-4/RS.

Ressalta ainda quanto a impossibilidade de "interpretação conforme à Constituição" e o risco de se reconhecer direito ao incesto e da necessidade de proteger-se a família formada pelo casamento entre pessoas de sexo diferentes.

Pautando nos acórdãos suso mencionados, fundamentou a Associação Eduardo Banks suas argumentações verificando que trata-se de decisões nas quais não se conheceu o pedido de inconstitucionalidade diante da impossibilidade jurídica do pedido pois a tese de que há hierarquia entre as normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de uma em face de outra é incompatível com o sistema de Constituição rígida, competindo ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, nos termos do artigo 102, *caput* da Constituição Federal.

Implicando afirmar que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exerça o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, com o objetivo de verificar se este teria, ou não,

---

<sup>40</sup> ADIn 815-3/DF: "A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompreensível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna, 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (art. 102, *caput*), o que lhe implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito supra positivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, portanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando norma cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido (STF – ADI n. 815-3/DF – Plenário – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – diário da Justiça da União em 10.05.1996).

<sup>41</sup> ADIn 997-4/RS: EMENTA – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Esta Corte, ao apreciar a ADIN 815, dela não conheceu por entender que não tem ela jurisdição constitucional para julgar a alegação de inconstitucionalidade de expressões dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Carta magna Federal em face de outros preceitos dela (que são também os alegados como ofendidos na presente ação), sendo todos resultantes do poder Constituinte Originário. Persistindo, portanto, a eficácia desses parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição federal, e se limitando os dispositivos ora impugnados (artigo 2º "caput" e parágrafo único, e artigo 3º da Lei Complementar n. 78, de 30 de dezembro de 1993) a reproduzir exatamente os seus critérios numéricos, são estes constitucionais. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente. (STF – ADI n. 997-4/RS – Plenário – Rel. Min. Moreira Alves – unânime – j. 28.03.1996 – DJU 30.08.1996 – Ementário n. 1839-1).



violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição,

Sendo pois, vedado ainda, a invocação de inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância impôs-se ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas e, portanto, possam ser emendadas. (ADIN n. 4.277, pp. 1004 - 1006).

E, nessa linha de argumentação, pleiteou a extinção da Ação, alternativamente pelo não conhecimento do pedido, ou, se o for, deve ser julgado improcedente, pois, no entendimento da Associação Eduardo Banks, dar provimento a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil, é pretender a inconstitucionalidade do artigo 226, §§ 3º e 5º da Constituição Federal, pautando-se ainda para dar respaldo às suas argumentações nas decisões proferidas nas ADIn's 815-3/DF e 997-4/RS, e no disposto no artigo 226, §§3º e 5º da Constituição Federal. (ADIN n. 4.277, p. 1030).

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, expôs em suas manifestações que é carente de amparo jurídico as pretensões do Ministério Público Federal, manifestando sobre os temas identificou a família, à luz da norma constitucional, afirmando que,

quando quis a Constituição Federal ampliar ainda mais a admissão da conformação da entidade familiar, o fez por força do §4º” (ADIN n. 4.277), e respaldada no Parecer de Cláudio Fonteles, conclui que, “na verdade, quando o texto normativo, tal o disposto no artigo 1.723, do Código Civil Brasileiro, é textualmente, objetivo e claro, nunca lacunoso, e por tudo o que até aqui se disse, a modificação que se queira no texto não cabe ao Poder Judiciário encetá-lo, mas ao Poder Legislativo... (ADIn n. 4.277, p. 1.110 – Parecer Dr. Claudio Fonteles: União entre pessoas do mesmo sexo: é família?).

### **3.5 Favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva**

Os julgados trazem opiniões favoráveis, sendo que os ministros participantes do julgamento, de forma unânime, reconheceram e deram procedência ao pedido inicial, argumentando e fundamentando a decisão de forma distinta, tendo como apoio diversos *amicus curiae*, que apresentaram suas manifestação de conjunta, a Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, e, Cidadania, Orgulho, Respeito, Solidariedade e Amor – CORSA; e separadamente, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Alegaram pela procedência e se fundamentaram em argumentos diversos, buscando ora na própria Constituição, ora em seus princípios, o enfoque para que a decisão fosse proferida na interpretação do artigo 1.723 do Código Civil, conforme a Constituição, salientando que, o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro é similar ao §3º do artigo 226 da Constituição Federal, iladindo os pareceres e manifestações favoráveis à procedência que, no que tange a interpretação, esposam não haver dentre os dispositivos constitucionais que tratam da família, proibição do reconhecimento da relação homoafetiva, proibindo sim, qualquer discriminação, fundamentando suas argumentações no fato de que a homossexualidade é um fato da vida, direito à orientação sexual e, portanto, deve ensejar a aplicabilidade de princípios de igualdade, dignidade da pessoa humana.

### **3.6 Desfavoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva**

Nas argumentações referente à improcedência do pedido, o Senado Federal, a Associação Eduardo Banks e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, apresentaram, de forma sucinta a inexistência de inconstitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, pois, trata de dispositivo originário e não derivado, impossibilitando que se legisle a norma constitucional contra si própria, sendo necessário considerar que a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, argumentou que, a Constituição Federal não estabelece sobre a união homoafetiva, limitando expressamente a questão das uniões estáveis, quando prevê união estável entre homem e mulher e com isso, não se tratando de lacuna constitucional, bem como, por não ser atribuição do Supremo Tribunal Federal ou do Poder Judiciário regulamentar a situação, não poderia asseverar sobre o tema, devendo instigar o Poder

Legislativo para que manifeste e legisle sobre a questão e, entendendo ser relevante altere o dispositivo constitucional.

### **3.7 Os votos dos ministros**

#### **3.7.1 Ministro Ayres Britto**

O voto condutor do acórdão foi o do relator ministro Ayres Britto, quem concluiu em seu voto que:

Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF n. 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADIN n. 4.277, p. 656).

Salientou o Ministro que o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro é similar ao §3º do artigo 226 da Constituição Federal, passando pois o texto inserto no artigo 1.723 do Código Civil ter plurissignificado, comportando mais de uma interpretação, o que enseja a procedência do pedido exposto em ambas as ações.

Como fundamento e sustentação das argumentações para procedência e reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar, o ministro Ayres Britto, afirmou que não há dentre os dispositivos constitucionais que tratam da família, norma que proíba relação homoafetiva, argumentando que, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, proíbe qualquer discriminação em virtude de sexo, raça e cor, não sendo autorizado discriminação em função de preferência sexual, pois, “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”. (ADIN n. 4.277, p. 612).

E, continua em suas alegações que, a Constituição Federal age com intencional silêncio quanto ao sexo (ADIN n. 4.277, p. 634), respeitando a privacidade e a preferência

sexual das pessoas e que a Constituição não veda a utilização da sexualidade, reconhecendo tratar-se de direito subjetivo da pessoa humana.

Demais, expôs o ministro que, o artigo 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, para excluir “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’”. (ADIN n. 4.277, p. 656)

Assim, o ministro Ayres Britto, reconheceu a relação entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", iniciando o voto pelo exame do pedido do autor da ADPF n. 132, consistente na aplicação da técnica de “interpretação conforme à Constituição”, para “viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais” (ADIN n. 4.277, p. 625). E, quanto ao segundo pedido assevera o ministro que: “ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva”. (ADIN n. 4.277, p. 626).

Vislumbra-se que o voto é redigido levando em consideração os dois pedidos insertos na ADPF n. 132 e ADIN n. 4.277, verbalizando o ministro que,

merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. (ADIN n. 4.277, p. 629).

As argumentações do ministro enfocam o preconceito, o juízo de valor, o argumento da autoridade, a forma de distinção entre o homem e a mulher, ressaltando que a Constituição Federal, dispõe sobre sexo, sendo que a preferência sexual encontra-se diretamente interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, consignando que a Constituição Federal vedou expressamente o preconceito em razão do sexo, não vedando

havendo, por outro lado, vedação ou autorização do uso da sexualidade humana, como meio impeditivo da resguardar direito pleiteado pelo requerente.

Apoia-se o relator, a título de fundamentação de Mérito, nos seguintes enfoques:

I – a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. III - a total ausência de previsão normativo constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo; V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha); VI – não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. (ADIN n. 4.277, pp. 640-646).

Corroborando a essas assertivas entende o ministro que, homens e mulheres não podem ser discriminados em função do sexo, nem tampouco ser discriminado na forma de utilização da própria sexualidade, discorrendo sobre os artigos 226 e 227 da Constituição Federal, que tratam dos temas relacionados à família, realizando digressões ao expor que, a própria Constituição Federal quando refere-se a família, não faz diferenciação entre família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos, não havendo ainda distinção entre as famílias formadas através de indivíduos hetero ou homoafetivo, dando por compreensão que, “a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica.” (ADIN n. 4.277, p. 648).

E, por fim, conclui pela procedência dos pedidos insertos na ADPF n. 132 e ADIn n. 4.277, dando ao artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, “interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. (ADIN n. 4.277, p. 656).

Observa-se pelas argumentações que o enfoque dado pelo ministro Ayres Britto foi no sentido de que o núcleo familiar é o local precípua da concretização dos direitos fundamentais designados pela Constituição Federal, o qual protege a intimidade e a vida privada<sup>42</sup>, concluindo ser arbitrário qualquer ato ou estatuto que puna, discrimine, fomente a intolerância, exclua, ou ainda que instigue a desigualdade e desrespeito para com os indivíduos decorrentes da orientação sexual.

Pauta-se o julgador sobre a liberdade sexual das pessoas identificando o termo homoafetividade, como vínculo de afeto e solidariedade entre os indivíduos do mesmo sexo, buscou ainda fundamentar seus argumentos nos inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do artigo 7º e inciso II do § 7º do artigo 201, e, em princípios como o da igualdade civil-moral (ADIN n. 4.277, p. 645), a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político cultural, a respeitosa convivência dos contrários.

Citou o ministro com intuito ainda de fundamentar sua decisão nas assertivas de René Descartes<sup>43</sup> (ADIN n. 4.277, p. 633) e Fernando Pessoa<sup>44</sup> (ADIN n. 4.277, p. 633), tudo no intuito de demonstrar que, não há no mundo àquele que seja mais digno por ser homem ou mulher, expondo ainda o ministro que,

o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. (ADIN n. 4.277, p. 634).

De acordo com as exposições citou Kelsen<sup>45</sup> para fundamentar que a tudo que não estiver proibido estará permitido, dando pois, respaldo a conclusão e voto do ministro que

---

<sup>42</sup> Artigo 5º, X, da CF: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>43</sup> “Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento”, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que “O rei não pode errar” (*The king can do no wrong*)

<sup>44</sup> “O universo não é uma idéia minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha”.

<sup>45</sup> “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência).

entendeu o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar em decorrência do fato de não haver dispositivo jurídico proibitivo do reconhecimento, pelo contrário, trata a Constituição Federal de impor sanção à qualquer discriminação ou preconceito, seja a que título for.

Isto porque, notório é a necessidade e obrigação do Estado e da sociedade em preservar a liberdade de pensamento, valorizando direito à intimidade e à privacidade, visto que, está implícito que, havendo silêncio normativo, autorizado está a prática de ato, devendo ser resguardado o dispositivo constitucional da inviolabilidade da intimidade à vida privada, à honra e à imagem (primeira parte do artigo 10 da Constituição Federal)<sup>46</sup>, conforme insculpido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, §1º<sup>47</sup>.

Especifica o ministros, os dispositivos que envolvem a questão, apontando de forma enumerativa, verificando que a decisão envolverá, a questão disposta no artigo 226 da Constituição Federal e do artigo 1.723 do Código Civil, quais sejam, casamento civil e religioso, possibilidade de conversão em casamento, direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, dissolução pelo divórcio, paternidade, planejamento familiar, assistência à família, coibição de violência, adoção, sendo estes alguns dos aspectos que sofrerão os reflexos do julgamento.

Relativamente à família, traz à lume artigos que discorrem sobre o tema insertos na Constituição Federal, quais sejam, 205<sup>48</sup>, 227<sup>49</sup>, 230<sup>50</sup>, demonstrando que não há nos dispositivos constitucionais diferença entre família formalmente constituída e as demais e novas concepções de família, pois a igualdade concedida pela Constituição Federal, atua como forma autorizadora do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, quando expressamente dispõe o §4º do artigo 226 da Constituição Federal a possibilidade, inclusive, da família monoparental, entendendo o ministro tratar-se a norma meramente

<sup>46</sup> Artigo 10 da CF: É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação

<sup>47</sup> Artigo 5º, §1º da CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>48</sup> Art. 205: da CF: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

<sup>49</sup> Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>50</sup> Art. 230 da CF: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

enunciativa, jamais taxativa, vedando pois exclusões preconceituosas, eis que, a legislação protege direitos das minorias, trazendo pois, ao artigo 1.723 do código Civil plurissignificado que comporta interpretação conforme à Constituição.

### **3.7.2 Ministro Luiz Fux**

O ministro Luiz Fux, foi o segundo a emitir voto, acompanhando o voto do Relator, no sentido de dar “interpretação conforme à Constituição”, excluindo qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil, que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Dentre diversas indagações, de forma sucinta o ministro questionou:

Por que o homossexual não pode constituir uma família? Por força de duas questões que são abominadas pela Constituição: a intolerância e o preconceito', afirmou. 'Quase a Constituição como um todo conspira para a equalização da união homoafetiva à união estável. (ADIN n. 4.277, p. 685).

Citando dados recentes do Censo, os quais demonstram que existem mais de 60 mil casais homossexuais, afirmando que, a relação homoafetiva é uma realidade social. (ADIN n. 4.277, p. 687).

A conclusão do ministro efetivou-se pela equiparação da união homoafetiva à união estável prevista no artigo 1.723 do Código Civil, oportunidade em que afirmou que, “Quase que a Constituição como um todo conspira em favor a essa equalização da união homoafetiva à união estável” (ADIN n. 4.277, p. 687), mencionando em seu voto princípios constitucionais que garantem direitos às pessoas do mesmo sexo que convivem, partilhando emoções e aquisição de patrimônio, salientando que, “A Constituição Federal, quando consagrou a união estável, positivamente não quis excluir a união homoafetiva” (ADIN n. 4.277, p. 691).

Pautou-se o ministro em algumas premissas para fundamentar seu voto, quais sejam: a homossexualidade é um fato da vida (ADIN n. 4.277, p. 666); a homossexualidade é uma orientação e não opção sexual, sendo característica da personalidade humana (ADIN n. 4.277, p. 666); o indivíduo é homossexual simplesmente porque é (ADIN n. 4.277, p. 667); a homossexualidade não é uma ideologia ou crença (ADIN n. 4.277, p. 667); os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíproca, com o



objetivo de compartilhar meios e projetos de vida (ADIN n. 4.277, p. 667); não há nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento das uniões homoafetivas, não existindo no direito brasileiro nenhuma vedação às uniões homoafetivas (ADIN n. 4.277, p. 667).

Baseia-se o ministro, na obra de Dworkin (ADIN n. 4.277, p. 672), para descrever sobre o princípio da igualdade, competindo ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, defendendo que, a consequência direta de a Constituição estabelecer, entre outros princípios, que todos os seres humanos são iguais perante a lei, é a de que os casais homossexuais, formam perante a lei, uma união estável comparável à família.

Discorrendo sobre conceito de família, assevera que somente se terá validade, se considerar a dignidade das pessoas que a compõe, expondo que, somente por força da “intolerância” e do “preconceito”, classificada pelo ministro Luiz Fux como “duas questões abomináveis para nossa Constituição” (ADIN n. 4.277, p. 687), seria possível negar o direito a casais homossexuais, pleiteado na inicial.

E, por entender que não existe previsão legal para reconhecimento da relação homoafetiva, entendeu que a matéria posta em debate, é um “momento *de travessia*” (ADIN n. 4.277, p. 692), que o legislador não fez, mas que o Supremo Tribunal Federal, mostra-se disposto a realizar, visto que, “Daremos a esse segmento de nobres brasileiros, mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade” (ADIN n. 4.277, p. 693). Entretanto, deve o Supremo Tribunal Federal, delimitar ao que pedido, sem qualquer outra extensão que não tenha sido cuidado nos autos.

Considerou ainda que:

Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apóiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum”, complementando que, “o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. (ADIN n. 4.277, p. 671-672).

O fundamento do ministro é retratado na constituição de uma família que é pautado em três elementos, amor, comunhão e identidade, escrevendo que:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma

família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. (ADIN n. 4.277, p. 671).

Trata o ministro em seu voto que os direitos fundamentais positivam valores, “de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico” (ADIN n. 4.277, p. 662). E que, “o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças providas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional” (ADIN n. 4.277, p. 662).

Nessas circunstâncias, impedir o reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar, violaria a Constituição Federal, pois, o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais, tendo o Estado o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso (ADIN n. 4.277, p. 664), não podendo haver “compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos” (ADIN n. 4.277, p. 670), buscando o ministro convencer que:

a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. (ADIN n. 4.277, p. 670).

Ao concluir o voto pela procedência do pedido inserto na petição vespéral, dentro dos limites pleiteados, sem qualquer outra abrangência, manifestou pela,

procedência dos pedidos formulados na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 – nesta, o respectivo pedido subsidiário – e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, de modo a que seja o art.

1.723 do Código Civil vigente (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) interpretado conforme a Constituição, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo. (ADIN n. 4.277, p. 682).

Salientando em suas argumentações que a união homoafetiva está consubstanciada na vida e na realidade social, sendo certo que o reconhecimento da união estável deu-se para proteger e assegurar direitos às “famílias espontâneas”, independente da aprovação de padre ou juiz, diante da igualdade dos homens perante a lei, não havendo possibilidade de distinção, não havendo justificativa plausível para deixar de equiparar a união homoafetiva às uniões estáveis entre homem e mulher.

Apontou como *vexata questio*, qual seria o tratamento jurídico que deveria ser conferido à união homoafetiva, asseverando que para esta questão não poderá haver distinção, fundamentando suas alegações em Roberty Alexy, para o qual não existindo razão para tratamento jurídico diferenciado, necessário se faz seja impingindo tratamento idêntico.

Assim, entende-se que, na visão do operador do direito, não há razões impeditivas da união entre homossexuais, e, deu enfoque ao fato de que, se o legislador não cumpriu sua função, é obrigação do judiciário cumprir a lacuna, diante da inexistência de tipificação da homossexualidade como fato típico e antijurídico, o que por sua vez, possibilita o homossexual constituir uma família, isto para que não se arraigue a intolerância e o preconceito. Salientando ainda que onde há sociedade, há direito.

### **3.7.3 Ministra Carmem Lúcia**

Em seguida prolatou voto a Ministra Carmem Lúcia, a favor do reconhecimento da união homoafetiva, asseverando que todas as formas de preconceito merecem o repúdio, acompanhando o voto do Ministro Ayres Britto relator do Feito, para dar “interpretação conforme à Constituição” ao artigo 1.723 do Código Civil.

Entende a ministra que, a regra do artigo 1.723 do Código Civil pode conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles que escolhem viver em união homoafetiva, entretanto, “a largueza dos princípios constitucionais determina que a interpretação a ser aproveitada, quanto aos direitos fundamentais, impede uma interpretação que leve a tais

óbices e exclusões” (ADIN n. 4.277, p. 698), devendo a Constituição Federal ser interpretada a garantir direitos inerentes à liberdade, assegurando que seu exercício não possa ser tolhido, por serem todos livres para exercer suas escolhas, não permitindo as norma constitucionais discriminações, enfatizando que, “Aqueles que fazem sua opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua cidadania. Ninguém pode ser de uma classe de cidadãos diferentes e inferiores, porque fizeram a escolha afetiva e sexual diferente da maioria” (ADIN n. 4.277, p. 701).

Asseverou-se que, “No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema” (ADIN n. 4.277, p. 699), concluindo o voto fulcrada nas decisões prolatadas pro Tribunais Pátrios, que reconheceram a relação homoafetiva como entidade familiar para questões previdenciárias, fiscais e direitos sociais, com objetivo de “reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva”. (ADIN n. 4.277, p. 704).

Em suas argumentações a ministra ressaltou que abomina qualquer tipo de preconceito e que a Constituição Federal repudia a discriminação, devendo ser combatido o preconceito, sendo esta uma das funções do Direito Constitucional e do Supremo Tribunal Federal, visto que, a orientação sexual não pode ser motivo de exclusão, afirmando que aqueles que fazem a opção pela união homoafetiva não podem em sua cidadania ser considerados desiguais, não havendo possibilidade de se reconhecer a existência de classe de cidadãos diferentes e inferiores, enfocando que o Direito existe para a vida e não a vida para o Direito.

Portanto, destacando lição de Rui Barbosa, a ministra afirmou que “o direito não dá com a mão direita para tirar com a mão esquerda” (ADIN n. 4.277, p. 700). E, prosseguiu: “não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade, e por regra contraditória, no mesmo texto, se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver” (ADIN n. 4.277, pp. 700-701).

E, finalizou asseverando que, o dispositivo do Código Civil Brasileiro não impede seja considerada como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo, nem tampouco que lhes sejam reconhecidos direitos e deveres para aqueles que optam pela relação homoafetiva.

### 3.7.4 Ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski, na mesma esteira, votou pela procedência dos pedidos insertos na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 132, convertida em ADIn, em que a Procuradoria-Geral da República e o Governo do Estado do Rio de Janeiro pedem a extensão do conceito de “família” às relações homoafetivas estáveis.

Observou que, a união homoafetiva estável não está no rol das famílias abrangidas pelo artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, norma esta que, apenas contempla as famílias heterossexuais constituídas pelo casamento, por união estável, pública e duradoura e, ainda, a monoparental, considerando ainda como família, àquela constituída entre pai ou mãe e filhos, na ausência de um dos genitores.

Nas exposições de suas argumentações salientou que nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, concluindo que a união estável abrangeria única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto.

Salientou em seu voto os diversos conceitos insertos nas Constituições Federais anteriores à Constituição Federal de 1988, sendo que, os conceitos eram vinculados ao casamento, fator este diverso da atual Constituição Federal que, desvincula do conceito o matrimônio e acompanhando os demais votos, ressaltou que o mundo dos fatos está em descompasso com o universo do direito (ADIN n. 4.277, p. 723) e apesar de votar pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, indicou limitações, asseverando que alguns direitos estão adstritos apenas às uniões heteroafetivas, reconhecendo que, a união entre homossexuais cria um novo tipo de família e, por consequência, merece a proteção do Estado, entretanto, os direitos para as uniões homoafetivas devem ser distintos das uniões heteroafetivas, citando como exemplo o casamento civil.

Argumenta quanto à elaboração do artigo 226 da Constituição que, não há possibilidade de se abrigar a relação da união estável, as uniões homoafetivas, devendo a norma ser obedecida posto que, o artigo 60, § 4º, III<sup>51</sup>, estabelece que questões que envolvam a separação dos Poderes, dignidade de cláusula pétrea, somente poderão ser modificadas através de emenda constitucional, esta precedida de procedimento próprio.

---

<sup>51</sup> Artigo 60, §4º, inciso III, da CF: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes.

O ministro Ricardo Lewandowski ao prolatar o voto, pelo reconhecimento da união homoafetiva como uma "entidade familiar", apresentou limitações, ao concluir que:

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações. (ADIN n. 4.277, p. 719).

### 3.7.5 Ministro Joaquim Barbosa

O ministro Joaquim Barbosa, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, reconhecendo a união estável nas relações homoafetivas, fundamentando que o reconhecimento da união homoafetiva não está no artigo 226, parágrafo 3º – visivelmente destinado a regulamentar uniões informais entre homem e mulher –, mas em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais (ADIN n. 4.277, p. 726).

Questiona, em seu sucinto voto, quanto ao fato da Constituição Federal ser silente sobre a matéria, indagando que:

o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade? Quis mesmo o constituinte de 1988 manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as consequências jurídicas e matérias daí decorrentes?. (ADIN n. 4.277, p. 724).

Quanto à indagação, respondeu não crer, e diante dessa certeza, entende que ao Supremo Tribunal Federal, cabe a busca pela solução da questão posta em debate, pois, a

Constituição não veda o reconhecimento das uniões homoafetivas, salientando que, a Constituição Federal prima pela proteção dos direitos fundamentais, o que enseja tratamento juridicamente igualitário às relações hetero ou homoafetivas.

Dando pois, enfoque no fato de que o princípio da dignidade humana pressupõe a todos os demais direitos, devendo ser ressaltado as mudanças sociais, visto que as uniões homoafetivas sempre fizeram parte da sociedade, sendo esta situação alterada pela forma como a sociedade enxerga, entendendo que cabe ao Supremo Tribunal Federal impedir o desprezo e a discriminação de grupos minoritários.

O ministro enfatizou que, a situação envolve questões de direito e realidade e que situações que envolvam a homoafetividade sempre existirão, devendo a sociedade analisar o momento da evolução, pautando-se na bibliografia inglesa como paradigma, para fundamentar o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, com intuito de que a desigualdade e o preconceito sejam mitigados ou extintos.

Isto porque, a Constituição “estabelece, de forma cristalina, o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos” (ADIN n. 4.277, p. 726), salientando que, dentre os objetivos fundamentais da República, encontram-se a promoção do bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (ADIN n. 4.277, p. 787).

As argumentações baseiam-se no fato incontroverso de que a Constituição Federal não proíbe o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, estabelecendo a norma constitucional, rol de direitos que não se esgota nos elencados na regra constitucional.

E diante disso, o reconhecimento das relações homoafetivas encontram-se pautadas no princípio da dignidade humana e o não reconhecimento seria a verbalização do Estado, desvalorizando a afetividade homoafetiva e consequentemente, estar-se-ia violando direito ao deixar de aplicar princípio da dignidade da pessoa humana, situação esta não resguardada pela Constituição federal, que prima pela proteção dos direitos fundamentais.

E conclui o ministro Joaquim Barbosa que:

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas todas a força

garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho o relator. (ADIN n. 4.277, pp. 726-727)

### **3.7.6 Ministro Gilmar Mendes**

O Ministro Gilmar Mendes, em um dos votos mais extensos, de igual forma, votou favorável ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, por entender ser um caso de proteção dos direitos fundamentais, isto porque, a opção sexual é contemplada no exercício de liberdade e do direito individual, asseverando que, a ausência de proteção legal dá-se em decorrência da inércia do Congresso Nacional, e, por isso, considera ser dever do Supremo Tribunal Federal, garantir proteção da união homoafetiva, tudo, em respeito aos direitos fundamentais e aos direitos das minorias.

Vislumbra-se a preocupação do ministro quanto aos limites de interpretar-se norma conforme à Constituição, pois, o acatamento da interpretação, poderia suscitar “sérios questionamentos quanto aos limites de utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição” (ADIN n. 4.277, p. 754), e podendo ser aplicada apenas, “segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando resultar tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador” (ADIN n. 4.277, p. 754).

Sendo pois, admissível apenas quando “não configurar violência contra a expressão literal do texto” e se “não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”. (ADIN n. 4.277, p. 754).

Argumenta que, o Supremo Tribunal Federal, fulcrado no dogma kelseniano do legislador negativo, costuma, ao deparar com situações polêmicas, adotar posições que não ensejem em “decisão interpretativa corretiva da lei” (ADIN n. 4.277, p. 757). Entretanto o Supremo Tribunal Federal, tem, em determinados casos aliado-se á “mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva”. (ADIN n. 4.277, p. 760).

O ministro limita o reconhecimento da existência legal da relação homoafetiva, aplicando analogicamente o texto constitucional, discorrendo sobre a questão de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, considerando-se a ausência de regulamentação normativa específica sobre a união estável homoafetiva, inexistindo leis federais e locais que regulamentam a matéria, havendo divergência nas decisões prolatadas



pelos órgãos da administração pública em dar procedência a pedidos relacionados à concessão de benefícios e proteção de interesses decorrentes da relação homoafetiva.

Enfrenta ainda, em suas argumentações, a dificuldade do Congresso Nacional em deliberar sobre a questão, sendo mezinho que, alguns relevantes projetos foram apresentados, mas nenhum deles concluídos, pois seus reflexos em assuntos conexos, suscitarium diversas discussões e análises pelo Poder Legislativo.

Nas argumentações levantadas pelo ministro Gilmar Mendes, encontram-se ainda o problema das lacunas valorativas ou axiológicas e a ideia da aplicação do pensamento possível, arguindo que, a Constituição Federal de 1988, não dispõe textualmente sobre a união homoafetiva, e, por outro lado, de igual forma, não veda expressamente.

Assim, em suma, o ministro concordou com o relator, entretanto, pontuou preocupações e divergências de fundamentação, salientando que, o fato da Constituição Federal, proteger literalmente a união estável entre homem e mulher, não significa a impossibilidade de se dar guarida e proteção à união civil homoafetiva, concluindo que,

“...estou de acordo com o pronunciamento do Eminent Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, embora esteja a pontuar aqui uma serie de preocupações e de divergências em relação à fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicações em relação à divergência de minha fundamentação. (ADIN n. 4.277, p. 801).

Assentou que não haveria lacuna e que se trata de um tipo de interpretação que “supera a literalidade do disposto no art. 226, §3º, da Constituição”. (ADIN n. 4.277, p. 801).

De maneira que, entendeu o ministro tratar-se de caso que necessita de proteção dos direitos fundamentais, pois, a Constituição não deixa dúvida de que o texto inserto no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, indica como união estável a relação havida entre homem e mulher, e por outro lado, não nega proteção à união estável entre pessoas do mesmo sexo e que, há outros direitos de perfil fundamental que justificam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações (homoafetivas) existentes. (ADIN n. 4.277, p. 781).

E diante disso, havendo o Legislativo se omitido no cumprimento de suas atribuições, entendeu ser dever do Supremo Tribunal Federal, assegurar a proteção às relações homoafetivas, em obediência aos direitos fundamentais e das minorias, o que poderá ser suprido com a aplicação analógica do texto constitucional.

No caso em exame, mesmo tendo acompanhado o relator ministro Ayres Britto, destacou a existência de questões divergentes, expondo que em seu voto reconhecia a união homoafetiva de forma limitada, e que deveria ser aplicado analogicamente, pois, regular a situação homoafetiva como entidade familiar, igualando-na às uniões estáveis entre homens e mulheres, seria exacerbar a vocação legislativa, acompanhando ao final, o voto do Relator Ministro Ayres Britto.

### **3.7.7 Ministra Ellen Gracie**

Sinteticamente, os argumentos da ministra Ellen Gracie, que acompanhou o voto do Relator, reconheceu a união homoafetiva, julgando procedentes a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental –ADPF n. 132, fazendo referência ao conceito de família e a proteção que esta recebe no Direito brasileiro, apontando que a família exige a durabilidade da relação, a não-clandestinidade e a continuidade, além da ausência de impedimento.

Salientando que, nos países da Europa, Argentina, Espanha, África do Sul, Canadá e Portugal, já decidiram pelo reconhecimento da relação homoafetiva e seus direitos, resguardando e protegendo o convívio.

Argumentou que a sociedade não deve humilhar seus integrantes e, portanto, o reconhecimento dos direitos homossexuais, responde ao anseio de um grupo de pessoas que por um longo período foram humilhados pela escolha da orientação sexual, e, conseqüentemente, tiveram seus direitos ignorados, a dignidade ofendida, oprimindo a liberdade de escolha, decidindo pela procedência total do pedido inserto na peça vespéral.

### **3.7.8 Ministro Marco Aurélio**

O ministro Marco Aurélio, ao manifestar seu voto, a favor da constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, dando “interpretação conforme à Constituição” ao artigo 1.723 do Código Civil, asseverou sobre o conceito de família e sua evolução, observando que, direito e moral devem ser critérios distintos, mas devem ser analisados conjuntamente, situação na qual a Constituição Federal, necessariamente é compelida a promover o bem de todos, sem preconceitos, sendo vedado ao

Estado “obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”. (ADIN n. 4.277, p. 819).

Isto porque, a obstaculação do direito dos homossexuais, resultaria em prejuízo da impossibilidade absoluta de formação familiar, entre àqueles que têm atração pelo mesmo sexo, sendo necessário o reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar.

Para o ministro Marco Aurélio, o cerne da questão está em

saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002? (ADIN n. 4.277, p. 808).

Expõe que a corrente contrária ao reconhecimento fundamenta-se no fato de que o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, remete tão-somente à união estável entre homem e mulher e o artigo 1.723 do Código Civil apenas repete a redação do texto constitucional, sem no entanto, referir-se à união homoafetiva, apresentando-se pois, dupla omissão, o que ensejaria o afastamento do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

E indaga: “seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? (ADIN n. 4.277, p. 809).

Baseia em suas argumentações, o fato de que, diante da ausência de aprovação dos diversos projetos de lei, de competência do Poder Legislativo, dever-se-ia acatar o pedido sustentado pelo autor, vez que, caracterizado a morosidade tramitação, o que indica a inércia de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas, fazendo alusões quanto as modificações de paradigmas no direito de família, diante da constatação de existência de direito “das famílias” e não apenas família matrimonial, resultante do casamento.

Ressaltando que, “relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República”. (ADIN n. 4.277, p. 816).

Destacou o papel do Supremo Tribunal Federal e que as normas constitucionais não devem ser interpretadas de acordo com a opinião pública majoritária, pois o estado tem por obrigação auxiliar as pessoas e suas aspirações, pautando-se no argumento de que as questões religiosas não podem ser utilizadas para dar tratamento diferenciado a direitos

fundamentais, tais como, direito à dignidade da pessoa humana, à privacidade e à escolha da orientação sexual.

É necessário ainda considerar nas argumentações do ministro que, o fato de que dependendo o reconhecimento da entidade familiar de escolha e intuito de constituição de vida em comum, não há dúvida de que a Constituição Federal autoriza a união homoafetiva como entidade familiar.

O ministro busca em L. A. Hart, respaldo para suas argumentações, ao expor que, o autor clássico “sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero”. (ADIN n. 4.277, p. 810).

E continua, afirmando que, “segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. (ADIN n. 4.277, p. 810).

Salientando ainda nas lições de Hart que, “o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis” (ADIN n. 4.277, p. 811) e que a “asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque”. (ADIN n. 4.277, p. 811).

Portanto, para o ministro o Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis. (ADIN n. 4.277, p. 811).

A solução para a vexame questio, nas afirmações do ministro está no fato de se analisar detidamente “os direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família”. (ADIN n. 4.277, p. 813).

Feitas tais considerações, expôs o ministro que o princípio da dignidade da pessoa humana é preceito fundamental, figurando como princípio ao planejamento familiar e, com base nas assertivas, conclui que:

é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. (ADIN n. 4.277, pp. 820-821).

Relembrou o ministro em seu voto que a Constituição Federal é imbuída de valores, que primam pela liberdade e igualdade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E, basendo-se nos fundamentos expostos entende o ministro Marco Aurélio que, “é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas” (ADIN n. 4.277, p. 820), extraíndo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas, por entender inexistir vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, eis que, o silêncio da redação do § 3º do artigo 226, não é impedimento de interpretação conforme à Constituição, e, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil, não retrata o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários, com que, concluiu o ministro, “julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei n. 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual”. (ADIN n. 4.277, p. 822).

### **3.7.9 Ministro Celso Mello**

O ministro Celso de Mello, de igual forma, acompanhou o voto do ministro Ayres Britto, reconhecendo as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, manifestando no sentido de ser obrigatório o reconhecimento, com efeito vinculante, como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos exigidos para o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, dispondo que deve ser aceito e reconhecido a necessidade de aplicabilidade dos mesmos direitos e deveres às uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois, necessário se faz sejam analisados os casos postos em discussão perante o Judiciário, sem preconceitos e discriminações.

Em seus argumentos, expõe que, “é arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomenta a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade e as pessoas em razão de sua orientação sexual” (ADIN n. 4.277, p. 833), não sendo admissível que, haja privações de direitos ou qualquer restrição de ordem jurídica decorrente de orientação sexual, sendo direitos de todos, resguardados pela Constituição Federal, receber proteção das leis, referindo-se ao direito personalíssimo à orientação sexual, e à legitimidade do reconhecimento das relações homoafetivas, como entidade familiar.

Faz o ministro Celso Mello, alusões e elogios ao voto proferido pelo Ministro Ayres Britto, ressaltando as valiosíssimas sustentações orais produzidas, quer pelas partes, quer pelo intervenientes, como "*amici curiae*", e salientando a excelência da primorosa peça processual, da lavra da eminente Dra. Deborah Macedo Duprat De Britto Pereira, que, agiu na condição de Procuradora-Geral da República, em exercício, expondo que,

os “homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual”. (ADIN n. 4.277, p. 833).

Relembra o ministro Celso de Mello, decisão por si prolatada, proferida na ADI 3.300-MC/DF, na qual descreveu notável lição ministrada por Maria Berenice Dias ("*União Homossexual: O Preconceito & a Justiça*", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), nos seguintes termos:

A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se

concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).(ADIN n. 4.277, pp. 838-839).

Entende o ministro a existência de “lacuna voluntária ou consciente, de caráter axiológico, cuja constatação, evidenciadora de um “silêncio eloquente”, poderia comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, “como entidade familiar” (CF, art. 226, § 3º)” (ADIN n. 4.277, p. 841).

Situação esta que autoriza interpretação sistemática e teleológica do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, entendendo a necessidade de se estender às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres aplicáveis às relações heteroafetivas, situação esta legitimada

pela incidência dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica.

No que pertine a competência do Poder Legislativo e a inércia no tocante à regulamentação das uniões homoafetivas, entende o ministro que, decorre da influência de valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, gerando um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, comprometendo, a legitimidade democrática da instituição parlamentar, não podendo o Estado democrático de direito, pautar-se em aprovação de diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade, sendo inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e ainda excluí-los do direito à segurança em suas relações afetivas.

Argumentou em seu voto que a República é laica e nesse aspecto respeita todas as religiões, não podendo as questões jurídicas serem confundidas com situações de caráter religioso ou moral, sendo inaceitável dispositivos que discriminem, excluam, ou que estimule o preconceito e a desigualdade decorrente da orientação sexual, sendo inconstitucional a exclusão de pessoas, situação que impinge ao Estado o dever de dispensar às uniões homoafetivas o mesmo tratamento das relações oriundas da união estável heterossexual, não havendo pois, motivos ensejadores do não reconhecimento.

Vislumbrou o ministro em suas asseverações a existência de lacunas e diante da inércia do Poder Legislativo no que se refere a qualificação da união estável homoafetiva, deve o Judiciário resguardar direito, pois, não se permite pelas disposições constitucionais que se exclua indivíduos do direito à segurança de suas relações afetivas, não podendo ainda, haver arguições morais e religiosas como respaldo para fundamentar lesão do direito das minorias.

Com efeito, assume o Poder Judiciário a atribuição de proteger as minorias, assegurando o equilíbrio e a garantia dos direitos fundamentais e prevenindo perseguições sofridas por homossexuais, sendo “arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade e as pessoas em razão de sua orientação sexual”. (ADIN n. 4.277, pp. 833-834).

De acordo com as argumentações, manteve-se o ministro na mesma linha de pensamento ao afirmar que, ninguém pode ser privado de seus direitos, nem tampouco sofrer restrições de ordem jurídica seja por que motivo for, devendo receber proteção das leis, e conseqüentemente, o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar,



isto quando se evidenciar a presença dos requisitos inerentes às uniões estáveis entre homem e a mulher.

Com objetivo de fundamentar seu voto, discorreu o ministro sobre o direito à felicidade e da necessidade de reverter a situação de discriminação quanto às relações, entendendo que,

o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República”. (ADIN n. 4277, p. 867).

Concluindo pela procedência da,

“ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo”. (ADIN n. 4.277, pp. 871-872).

### **3.7.10 Ministro Cezar Peluso**

O ministro Cezar Peluso, argumentou a importância do julgamento e o que representa na história, convocando o Congresso Nacional para que exerça sua função e consequentemente, legisle sobre o tema, enfrentando a questão.

Para propiciar a devida e efetiva proteção à entidade familiar homoafetiva o ministro pautou-se no fato de que a questão levantada envolve a constatação de lacuna normativa e, portanto, deve ser aplicada analogicamente à união estável, tendo em vista a semelhança das entidades familiares.

Com base em tais considerações, afirma que o artigo 226 da Constituição Federal, deve ser analisado, levando-se em consideração tratar-se de norma exemplificativa e não taxativa, o que, conseqüentemente, permite a inclusão de outras formas de família.

A questão principal suscitada argumentou o ministro, por seu o último a proferir o voto que, apenas lhe restava justificar a adesão às conclusões levantadas pelos demais ministros, decidindo pela procedência das duas ações constitucionais e convocando o Poder Legislativo para que regule a união estável homoafetiva.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste trabalho, em que pese as argumentações postas na petição inicial, nas fundamentações dos votos dos ministros, a análise da hermenêutica jurídica e das interpretações realizadas pelos ministros, mostram-se insuficientes para o estudo da consistência no que diz respeito à aplicação da interpretação, isto porque, é necessário que se verifique se há coerência nas decisões postas nos julgados. Ou seja, se os ministros consideraram a aplicabilidade da norma constitucional como um todo.

De maneira que, o julgamento não fora proferido de acordo com as normas postas na Constituição Federal, visto que, a decisão demonstrou de forma clara a usurpação de competência, visto que, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer as relações homossexuais como entidade familiar dando a mesma interpretação e atribuindo direitos e deveres conforme inserto no artigo 1.723 do código Civil, às uniões estáveis entre homem e mulher, legislou ativamente, sendo esta uma atribuição do Poder Legislativo e não do Judiciário.

Evidencia-se pois no estudo que o Supremo Tribunal Federal, chamou para si, responsabilidade de caráter e prerrogativa do Poder Legislativo, concluindo que a decisão proferida não foi acertada, pois a decisão voltou-se a interpretação isolada de dispositivos constitucionais, quando deveria, inicialmente, verificar a competência para criar a norma.

Assim, diante do estudo realizado constata-se que o direito é manipulável, e, com base nas considerações levantadas, evidenciado está que as opiniões e votos dos ministros se deram com objetivo de justificar através de autores clássicos e dos princípios constitucionais, que o fato de estar o Legislativo inerte, possibilita ao Supremo Tribunal Federal, estabelecer direitos que não estão elencados como atribuição precípua do Poder Judiciário.

Com efeito, identifica-se nas digressões que os intérpretes e julgadores, diante de questões polêmicas e de certa forma difíceis, confrontaram diversas possibilidades de solução do tema posto em debate, exurgindo de uma norma constitucional e julgando de acordo com suas consciências, trazendo à tona, opiniões pessoais, desvinculadas da norma constitucional, demonstrando a diversidade de ideias apresentadas nas decisões, entretanto, pautadas em princípios.

A contribuição do estudo evidenciou-se no fato de que o Poder Judiciário tem legislado, buscando a melhor solução, mesmo que, para que se concretize o resultado, sejam as disposições constitucionais afrontadas, estando pois, a interpretação judicial em desconformidade com as normas pétreas constitucionais, gerando, por consequência, a abertura

de campo que, futuramente, imputará ao Poder Judiciário dirimir questões que não são de sua responsabilidade.

Não se discute a licitude do ato proferido pelos ministros, nem tampouco sua eficácia, entretanto, deve ser considerado as interferências e consequências dos efeitos jurídicos causados em decorrência do julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.

Isto porque, a decisão prolatada pelos ministros, reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, dando interpretação ao artigo 226 da Constituição Federal de forma ampla, impingindo às relações homoafetivas os direitos e deveres inerentes à união estável entre homem e mulher, prescritas nos artigos 1.723 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

Nesse julgamento, observou-se a usurpação de atribuições inerentes do Poder Legislativo, sendo que, os reflexos serão direcionados não apenas no âmbito do Judiciário, mas, de igual forma, nos atos administrativos, visto que, os escrivães, tabeliães e demais servidores, não poderão deixar de atender solicitações de reconhecimento extrajudicial da união estável homoafetiva, nem tampouco registrar a adoção de filhos, alterando-se-lhe normas administrativas, mesmo diante da ausência de norma.

Comezinho é que a discussão não se encerra com a prolação da decisão, sendo imprescindível que o Poder Judiciário instigue o Poder Legislativo, de forma direta para que enfrente a questão e regule a relação homoafetiva em seus diversos aspectos no campo jurídico e da ciência.

A crítica pessoal cinge-se não no aspecto da eficácia e validade da decisão, mas, em decorrência da reiterada prática do ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal, que violou o equilíbrio entre Poderes, devendo o Supremo Tribunal Federal desempenhar sua jurisdição constitucional, sem afrontar cláusula pétrea, tendo por objeto precípua a guarda das normas constitucionais o que garante a segurança jurídica e a proteção do indivíduo.

Certo é que, o Supremo Tribunal Federal não deve desempenhar a atribuição de legislar, mas compelir o Poder Legislativo a exercer sua função precípua disposta na Constituição Federal, não podendo a inércia do legislador ser considerada como justificativa para o ativismo judicial.

Em que pese as considerações levantadas pelos ministros, a usurpação do papel do legislativo é evidente, e, sendo a Constituição Federal um sistema de regras e princípios, que deve inculcar no indivíduo segurança jurídica e garantir direitos, não há possibilidade de resguardar a segurança jurídica se o Supremo Tribunal Federal mantiver postura de legislador, visto que, o indivíduo em assim sendo, não terá respaldo de proteção e garantia das normas constitucionais impostas. Por isso, necessário se faz que o Supremo Tribunal Federal se revista de sua função precípua, inserta na norma constitucional que determina ser papel do Judiciário cumprir as leis e do Poder Legislativo elaborá-las.

A propósito, não se está defendendo que princípios constitucionais não devem ser respeitados ou levados em consideração, apenas é necessário que o Supremo Tribunal Federal ao decidir esteja certo de que está executando sua função de intérprete e julgador e não de legislador, para que no futuro, os reflexos das decisões não ensejem o surgimento de novas celeumas as quais não poderão ser dirimidas por inexistência de norma ou divergência quanto a melhor solução a ser aplicada ao caso concreto.

Tem-se portanto, que considerar que, o positivismo jurídico, deve ser aplicado, pois limita objetivos postos no ordenamento, servindo de parâmetro e evitando o subjetivismo valorativo do aplicador do direito, eis que, somente terá sido aplicado o direito quando a decisão se pautar na norma, e não quando houver a criação de uma norma, pois se assim prevalecer, o Legislativo, perderá sua função precípua de, analisar as questões inerentes à sociedade e resguardar direitos, protegendo os indivíduos e concedendo a isonomia almejada nas disposições do artigo 5º da Constituição Federal.

O voto condutor do Acórdão, à luz do moralismo jurídico e das argumentações jus naturalistas foi acertado, pois não se discute a necessidade de proteção das minorias e a obrigação do Estado em dar guarida à todo cidadão igual e imparcialmente, entretanto, é necessário que para manter a segurança jurídica, o Poder Judiciário aplique a lei tão somente, fator este não levado em consideração pelos ministros nas argumentações proferidas, as quais se pautaram na justiça, coerência e princípios constitucionais com intuito de legislar positivamente sobre o tema.

Investigando a partir dos ensinamentos do magistério doutrinário, ilade-se que, o Supremo Tribunal Federal, acertou na decisão, dando proteção à minoria, entretanto, equivocou-se na abordagem, pois em vez de interpretar a Constituição Federal, aplicando norma posta, legislou positivamente desconstituído de legitimidade.

A Constituição é o documento, ou conjunto de documentos, que encerra as normas supremas vinculativas das condutas e comportamentos possíveis de serem regulados impostas pelo estado (ALVES JR., 2004, p. 450), devendo pois, ser obedecida nos termos últimos da norma para que não haja interpretações eivadas de valores, mas sim, a aplicação da norma pela norma.

Salienta-se que a tarefa do intérprete reside em hierarquizar coerentemente princípios, normas e valores, fazendo-se imprescindível que a interpretação não ocorra nos termos de uma aplicação subjetivista, tudo diante dos limites da ordem jurídica, tendo como um dos limites a obrigação de cautela ao “interpretar conforme”, devendo o intérprete buscar fundamentação racional, sem adotar soluções que confrontem as normas constitucionais, visto que a melhor interpretação deve pautar-se no zelo da vitalidade do sistema como um todo.

Denota-se pois, que a interpretação da norma, não pode limitar direitos, mas deve observar a sua aplicabilidade e as consequências oriundas da decisão, pois, as regras do ordenamento jurídico, devem preservar a unidade normativa com finalidade de conferir a efetividade dos preceitos, visto que, a Constituição Federal conferiu importância aos direitos fundamentais, explicitando através de rol de garantias individuais e coletivas, evidenciando-se-lhe a preocupação do legislador em assegurar direitos inerentes ao indivíduo, enumerando princípios que norteiam a interpretação, sendo inegável que os direitos fundamentais encontram-se intimamente vinculados aos valores de liberdade e dignidade.

Por isso, as decisões judiciais ocupam papel central nas discussões dos meios de interpretação e o propósito final do trabalho se deu no sentido de formular visão crítica quando a decisão proferida, concluindo pela necessidade do Poder Judiciário revestir-se de suas atribuições e havendo inércia do Legislativo, instigá-lo a enfrentar a celeuma posta, entretanto, jamais legislando positivamente, sob pena de gerar insegurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES JUNIOR, Luis Carlos Martins, **Direitos Constitucionais Fundamentais** : Vida, Liberdade, igualdade e Dignidade : Belo Horizonte, 2010, Editora Mandamentos.

\_\_\_\_\_. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**/ Luis Carlos Martins Alves Jr. - Belo Horizonte, 2004, Editora Mandamentos.

\_\_\_\_\_. Texto da fala proferida em palestra comemorativa dos 50 anos da Associação dos Magistrados Piauienses – AMAPI, evento ocorrido no auditório do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, na cidade de Teresina, em 07.03.2009.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lucia. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: Anais do XXVI Conferência nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, conselho Federal, p. 72, v. I, 2000.

AYRES BRITTO (Carlos Augustos Ayres de Freitas). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

BARROSO, Luís Roberto, e Barcellos, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**, in Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação Constitucional. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3ª Ed., São Paulo, Saraiva: 1999.

\_\_\_\_\_. **Revista Latino Americana de estudos constitucionais**, Ano 10, nº 12 (Nov. 2011), Fortaleza : Edições Demócrito Rocha.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil** / Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins – 8º v. São Paulo : Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3ª edição, Celso Bastos Editor, São Paulo, 2002

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Projeto de Lei. n. 1.151, de 1995**. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23OUT1993.pdf#page=6>>. Acesso em 02.07.2012.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 10.07.2012.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 10.07.2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 10.07.2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 16 de julho de 1946**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 10.07.2012.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 10.07.2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Emenda à Constituição Federal 1/69 de 17 de outubro de 1969.** Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23OUT1993.pdf#page=6> >. Acesso em 02.07.2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 10.07.2012.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição 1988 : Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas Constitucionais n.s 1/92 a 26/00 e Emendas Constitucionais de Revisão n.s 1 a 6/94. Ed. Atual. Em 2000. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 6ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Malheiros Editores, 24ª Ed., 2ª tir., 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Direito de Família** : aspectos constitucionais, civis e processuais / coordenadora Teresa de Arruda Alvim Pinto – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CÁRMEN LÚCIA (Cármem Lúcia Antunes Rocha). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

CELSO DE MELLO (José Celso de Mello Filho). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

CEZAR PELUSO (Antonio Cezar Peluso). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

D'ANGELO, Suzi e Elcio. **Direitos Fundamentais das Minorias** – Sob o enfoque da Lei n. 9.882/99 – Suzi D'Angelo e Elcio D'Angelo – 1ª edição, Anhanguera Editora – Leme/São Paulo – 2010.

DIAS, Maria Berenice, **União Homoafetiva : o preconceito e a justiça** / Maria Berenice Dias – 5ª Ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das Famílias**. 8ª Edição, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DESCARTES, Renê, **Discurso sobre o método** / Renê Descartes : tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima – Universidade de São Paulo.

ELLEN GRACIE (Ellen Gracie Northfleet). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos:

Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

FABRIZ, Darcy Cesar, **Depoimentos**, Vitória, n. 13, p. 21-37, jan./jun. 2008 - Interesse local e direitos fundamentais na Federação Brasileira a partir de 1988.

FARIAS, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo** / Manoel Gonçalves Ferreira Filho – São Paulo : Saraiva. 2003.

\_\_\_\_\_. **Do processo Legislativo**. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Constituição Brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas**. Cadernos de Direito constitucional e Ciências Políticas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V. 17.

IORE, Pasquale. **De La irrectroactividad e interpretación de las leyes**, p. 564; cf. Savigny, Sistema Del diritto romano, v. 2, §32, p. 315 e SS.; Beliláqua, Teoria geral do direito civil, § 35; Mello Freire, Patrii júris hermenêutica: historia júris civilis lusitani, p. 139; Paula Baptista, Hermenêutica jurídica, Processo civil e comercial, p. 295; Alipio Silveira, Hermenêutica no direito brasileiro, 2 v. França, R. Limongi, Hermenêutica jurídica.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica** / R. Limongi França : atualizador Antonio de S. Limongi França : prefácio Giselda M. F. Novaes Hironaka – 11ª edição ver. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GILMAR MENDES (Gilmar Ferreira Mendes). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

JOAQUIM BARBOSA (Joaquim Benedito Barbosa Gomes). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans, 1881-1973, **Teoria Geral do direito e do Estado** / Hans Kelsen : tradução João Baptista Machado – 8ª Edição – São Paulo : WMF Martins Fontes, 2009.

LOPES. Luciano Santos. **Artigo publicado no caderno Direito & Justiça** do jornal Estado de Minas, edição de 2 de julho de 2012

LUIZ FUX. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

MARCO AURÉLIO (Marco Aurélio Mendes de Farias Mello). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

MELO, Celso Antonio Bandeira. “**Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**”, 3ª edição, 6ª tiragem, Editora Malheiros, São Paulo, 1999.

MORAES, Alexandre de, **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional** / Alexandre de Moraes – 2ª Ed. – São Paulo : Atlas, 2003.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Direito de família : regimes matrimoniais de bens** / Lydia Neves Bastos Telles Nunes. Leme – J. H. Mizuno, 2005.

NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito** / Sergio Nojiri : Prefácio Teresa Arruda Alvim Wambier. São Apulo. Revista dos Tribunais. 2005.

REVISTA latino-americana de estudos constitucionais – Ano 9, n. 11 (novembro/2010) – Fortaleza : Edições Demócrito Rocha, 2010.

REVISTA latino-americana de estudos constitucionais – Ano 10, n. 12 (novembro/2011) – Fortaleza : Edições Demócrito Rocha, 2010.

RICARDO LEWANDOWSKI (Enrique Ricardo Lewandowski). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.277 e ADPF n. 132. Requerente: Procuradora-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 198. Publicado em 14.10.2011.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SILVA, José Afonso da Silva. “**Curso de Direito Constitucional Positivo**”, 15ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Interpretação constitucional**. 1ª Edição, Editores Malheiros, São Paulo, 2010.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Boreli, **União homossexual – reflexões jurídicas**,. Revista dos Tribunais – Ano 92 – Volume 807 – janeiro de 2003, São Paulo: RT, 2003.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica : do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas** / Rodolfo Luis Vigo; apresentação do Prof. Luiz Carlos Azevedo; tradução de Susana Elena Dalle Mura : revisão e notas de Alfredo j. Flores – 2ª edição revisada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.